

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه
المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق
الأستاذ سعيد أعراب

الجزء الرابع عشر



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

دار الغرب الإسلامي

ص. ب: 5787 - 113
بيروت - لبنان


البيان والتحصيل
والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى اللهُ على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم[١] .

كتاب الصدقات والهبات الثالث[٢]

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل أعطى أخاه منزلاً في صحته وكتب لهُ بذلك كتاباً ، وكتب في كتاب العطية إن مات أخوه الذي أُعطي تلك العطية في حياة المعطي فالمنزل مردود على المعطي ، ولا حق فيه لورثة المُعْطَى ولا يُورث ؛ على هذا الشرط أعطاه ، فحاز المُعطَى عطيته في حياة المعطي أو لم يحز ، ثم مات المعطَى قبل المعطي ؛ فقال أرى هذا مثل الوصية تكون للمعطَى من الثلث ، ألا ترى أنه انفذ له العطية إن مات قبل المعطي ، فكأنه إنما أوصى له بها وعجل له قبضها ، قلت وهي وصية على كل حال ، حازها في صحة المعطي أو لم يحز ، فقال نعم - وقد قال مالك ما يشبه هذا ؛ قال أصبغ ليس للمعطي فيها بيع ، ولا تحويل عن حال ؛ فإن مات المعطَى رجعت إلى المعطي بمنزلة العمرى ، وإن مات المعطي كانت كالوصية في ثلثه ، ولا تكون كالوصية في

(١) (بسم الله الرحمان الرحيم . . . وصحبه وسلم) - ساقط في ق٢ ، ق٣ .

(٢) في ق٢ (الصدقات والهبات) .

الرجوع فيها ، فكذلك مسألتك .

قال محمد بن رشد[٣] : هذا كما قال ، لأن أول قوله مرتبط بآخره ، فليست بعطية مبتلة بما شرط عليه فيها من أنه إن مات قبله فهي عليه رد ، لأن ذلك يقتضي ألَّا يكون له فيها تفويت ببيع ولا غيره ، ما دام المتصدق حياً حتى يموت ، فآل أمرها إلى أنه أوصى له بها بعد موته وعجل له الانتفاع بها، طول حياته ، فوجب إن مات المتصدق عليه قبله أن ترجع[٤] إليه كما شرط ، وإن مات المتصدق قبله بتلت[٥] له من ثلثه على معنى الوصية ، إن كان غير وارث ، وقد مضى هذا في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ، وتأتي المسألة متكررة في سماع ابن الحسن بعد هذا ، وقول أصبغ في هذه الرواية : وإن مات المعطي كانت كالوصية في ثلثه ، ولا تكون كالوصية في الرجوع فيها؛ يريد أنه ليس للمعطي أن يرجع في عطيته هذه وإن كانت إنما تنفذ من ثلثه بما شرط فيها من رجوعها إليه إن مات المعطَى قبله ، ووجه ذلك أن العطية ، وإن لم تكن مبتولة بما شرط فيها ، فليست كالوصية بها التي له الرجوع فيها ؛ لأنه قد بتلها في حياته على الشرط الذي اقتضى ألّا تنفذ بعد موته إلا من ثلثه ، فأشبه المدبر الذي يخرج بعد الموت من الثلث ، ولا يجوز لسيده الذي دبره الرجوع في تدبيره ، وقد اختلف قول مالك في الهبة البَتْل في المرض : هل للواهب أن يرجع فيها في مرضه فلا تنفذ ـ إن مات منه أم لا على قولين حسبما مضى القول فيه في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهذا بين ألّا يكون له فيها رجوع؛ وقد قال بعض أهل النظر ليس بحسن قول أصبغ في معنى الرجوع إلّا في انتفاع المعطَى

(٣) في ق٢ (قال القاضي) ـ حسبما نبهنا عليه في الأجزاء السابقة .
(٤) في ص ق٣ (يرجع) ـ بالياء .
(٥) بتل الشيء : قطعه وأبانه عن غيره .

بالمنزل ـ حياة المعطي ، وأما[٦] بعد موت المعطى ، فمنذ[٧] يجب للمعطى بتلاً ، فله الرجوع فيه لأنه من يومئذ يصير وصية ، وكل[٨] ما كان وصية أو على معنى الوصية ، فله الرجوع فيه ، وليس قوله ـ عندي ـ بصحيح ، لأن الظاهر من قول أصبغ أنه[٩] إنما تكلم على الرجوع في عطية الرقبة بعد الموت ؛ فهذا هو الذي قال إنه لا يرجع فيه ، وأما انتفاع المعطَى بالمنزل حياة المعطي ، فبين أنه ليس للمعطي أن[١٠] يرجع فيه ، لأنه شيء بتله في صحته ، فنفذ[١١] عليه ـ وإن لم يكن له مال سوى المنزل ، فلو قصد إلى بيان هذا ، لكان عيا منه ؛ وإذا لم يكن للمعطي أن يرجع في عطيته هذه بعد الموت ، كما يرجع في وصيته فيُبدأ على الوصايا ، ويدخل فيما علم به المعطي وفيما لم يعلم ، وقد مضى هذا المعنى في رسم الجواب ، وفي آخر رسم العتق من سماع عيسى ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن أم الولد يتصدق عليها سيدها ، أيلزمها الحوز ؟ فقال حالها في ذلك كحال الزوجة[١٢] فيما يتصدق به عليها ؛ أما الخادم تكون معها في البيت او الابنة أو ما أشبه ذلك مما لا يزايلها حيث انتقل بها سيدها ، فالإشهاد وإعلان الصدقة حوز لها ، وذلك أنه لا تقدر على حوزها بأكثر من ذلك ؛ وأما العبد بخارج أو الدار تسكن ، أوالمزرعة[١٣]، أوما أشبه هذا مما

(٦) في ق ٢ (من بعد) بزيادة (من) .

(٧) في الأصل (فقد) .

(٨) في الأصل (فكل) .

(٩) كلمة (أنه) ساقطة في الأصل .

(١٠) في الأصل (أن لا) ـ بزيادة (لا) .

(١١) في ق ٢ ، ق٣ (ينفذ) .

(١٢) في ق٢ ق٣ (الجدة).

(١٣) في ق٢ ـ زيادة (أو الشجر) .

هو بائن منها وقبضه يمكن ، فعليها أن تحوزه بقبض الخراج من العبد وإخراج السيد من الدار ، وعمران المزرعة أو كرائها لها وجني الشجر ، وما أشبه هذا مما يحاز به العبيد[١٤] والعقار ؛ قال وأما الحلي والثياب ، فالقبض اللبس والعارية ، وما أشبه ذلك مما تصنعه المرأة بمتاعها، إذا عرفت تصنع بما تصدق عليها من الحلي والثياب ، مثل هذا فهو لها حوز ، وإلا فلا شيء لها ؛ قال أصبغ وإشهاد لها حوز أيضاً ، وإن لم يُعرف[١٥] لبس ولا عارية إذا كان في يديها ، وليس في يد سيدها قد خرج منه إليها .

قال محمد بن رشد : حكم لأم الولد بحكم الزوجة في حيازة ما يتصدق به عليها سيدها ، فقال في الخادم تكون معها في البيت أو الابنة وما اشبه ذلك ، أن الإشهاد وإعلان الصدقة حوز فيها ، إذ لا يقدر في حوزها على أكثر من ذلك ، وفي ذلك اختلاف في الحرة الزوجة، وقد مضى تحصيله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم،وفي رسم سلف ديناراً في ثوب الى أجل من سماع عيسى ، فهو يدخل في أمر الولد على هذه الرواية ؛ وأما المنزل وما عدا ما هو من متاع البيت ، فلا اختلاف في أن الزوجة في حيازته عن زوجها كالأجنبي فيما يلزمه في ذلك ، وكذلك أم الولد على هذه الرواية . وفي المدونة ما يدل ظاهره على أن السيد يحوز لأم ولده ولعبده الكبير ما وهبه لهما ، أو تصدق به عليهما ، كما يحوز ذلك لابنه ، إذا وهبه إياه ، أو تصدق به عليه ، وهو قوله فيها[١٦] ، لأن من تصدق بصدقة على غيره ، او وهب هبة، لا يكون هو الواهب وهو الحائز، إلا أن يكون والداً أو وصيًّا، أو من يجوز له أمره عليه في قول مالك ، إذ لا أحد أجوز أمراً على أحد من السيد

---

(١٤) في الأصل (العبد) .

(١٥) في ص ق٣ (تعرف) ـ بالتاء .

(١٦) انظر م ٦ ـ ج١٥/ ١٣٢ ـ ١٣٣ .

على عبده وأم ولده ، إذ له أن يحجر عليهما وأن ينتزع أموالهما ، فتحجيره عليهما أقوى من تحجير الأب على ابنه ،والوصي على يتيمه ؛ فوجب أن تكون حيازة ما وهب لهما أحوز من حيازته لما وهبه لابنه أو يتيمه ؛ فهذا وجه ما يدل عليه ظاهر ما في المدونة ، ووجه هذه الرواية أن جواز انتزاع المال تضعيف في الحيازة لا تقوية لها ، لأنه إذا تصدق على أم ولده أو على عبده ، ثم أمسك ذلك عند نفسه ـ ولم يدفعه اليهما ، أشبه الانتزاع والارتجاع ، إذ لم يسلم ذلك إليهما ، وهما غير سفيهين ؛ وأما الأب والوصي فإنما منعهما أن يسلما ما وهباه لمن إلى نظرهما كونه سفيهاً ، فرواية يحيى أظهر . وكان ابو عمر الاشبيلي يستحب العمل بها ، فإن عمل أحد بدليل المدونة ، مضى عنده ولم يرد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام المزارعة[١٧] ـ وهو صحيح ، فأقام بعد ذلك نحواً من شهر ثم هلك ، غير أنه قد أشهد لها على الصدقة وعرف بحوزها الشهود فلم تعمل المرأة فيها عملاً بحرث ولا غيره حتى مات زوجها ، وزعمت أنه لم يمنعها من العمل إلا ما كان فات من الزمن مع ضعف سكته عن القليب في أوانه ، وقد كانت البقر ضعفت فلم يقلب أهل منزلها حتى مات زوجها ؛ فقال إن جاء من ذلك ما يبين[١٨] عذرها ، مثل أن يتصدق بذلك ثم يعجله الموت قبل أوان عمل أمكنها ، او جني شجر أو عذق ، أو إصلاح عمل حضر ،

---

(١٧) في ق ٢ (الزراعة) .

(١٨) في ق ٢ (يتبين) .

فالصدقة ماضية ولا شيء عليها إذا لم تحز ، لأن الحوز لم يمكنها ولم يجىء أوانه ؛ قال وأما ما كانت لحوزه تاركة من ضعف أو أشباه ذلك ، فإنها لا تعذر به ؛ لأن الضعيف يكري ويساقي ويرفق من ينتفع به ، فيكون هذا ونحوه حوزاً ؛ فمن كان تاركاً لجميع هذا في أوانه الذي يمكنه فيه ، فلا صدقة له إلا أن يعرف ضعفه عن العمل ، ويعرض ذلك على الكراء أو المساقات أو العارية[١٩]، فلا يجد من يقبل ذلك منه ؛ فلا أرى عليه حوزاً غير الإشهاد والإعلان والاجتهاد في عرض ذلك على الكراء والمساقات والعارية ، وما أشبه ذلك ؛ ثم يكون ذلك له حوزاً ؛ قال قلت : أرأيت إن مضت اعوام والمتصدق عليه ضعيف عن العمل ، وهو يعرض على الكراء أو المساقات أو العارية[١٩] ـ كل عام، ولا يجد من يقبل ذلك منه؛ أيكون حائزاً أم لا ؟ قال نعم ـ إذا علم حرصه على ذلك ، وأنه لم يزل يعرض ذلك ويطلب لها من يعملها ـ والأرض ليست تحاز بأكثر من هذا ، قال أصبغ مثله ما لم ينتفع به المتصدق او يقضي[٢٠] فيه .

قال محمد بن رشد : وقوله[٢١] في هذه الرواية في الذي يتصدق على من يحوز لنفسه من زوجة او غيرها بمزرعة يعجل المتصدق الموت[٢٢] قبل أوان زراعتها وعملها ، أن الصدقة ماضية ؛ مثله في المدنية[٢٣] ، وهو معارض لقوله ولروايته عن مالك فيها ، وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع

(١٩) (١٩) في الأصل (والمساقات ، والعارية) .
(٢٠) في الأصل (ويقتضي) .
(٢١) في ق٢ (قوله) .
(٢٢) في ق ٣ (بالموت).
(٢٣) في ص ق ٣ (المدونة) .

ابن القاسم في الرجل يتصدق على الرجل الحاضر بالدار الغائبة فيعجل المتصدق الموت قبل أن يحوزها المتصدق عليه ، إن الصدقة باطل ـ وإن كان لم يفرط في الخروج إليها لقبضها ، لأن لها حيازة تحاز به ، إذ لا فرق في المعنى بين ألا يمكنه حيازة الدار لمغيبها عنه حتى يموت المتصدق بها ، وبين ألّا يمكنه حيازة الأرض ، لأن أوان حَوزها لم يحن ؛ وأبين من ذلك في المعارضة قوله إنه إذا تصدق بها في أوان حوزها فضعف المتصدق عليه عن عملها ولم يزل يعرضها على الكراء ، والمساقات ، والعارية ، عاماً بعد عام ، فلا يجد من يقبلها منه ؛ أن الإشهاد والإعلان والاجتهاد في عرض ذلك على الكراء والمساقات والعارية، يكفي من حيازتها؛ فقول ابن القاسم في هذه الرواية ، هو مثل ما روي عن مالك في أن الدار الغائبة إذا لم يكن تفريط في قبض المتصدق عليه بها لها حتى مات المتصدق بها ، أنها ماضية ، وهو قول أشهب ، وقد مضى بيان هذا في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم ، ولو لم يعمر المتصدق عليه الأرض ، ومنع المتصدق أن يعمرها فتركها بوراً حتى يقوى على عملها ، لكان منعه من عمارتها حوزاً لها ، قال ذلك ابن القاسم وابن كنانة في المدونة ، وأصبغ في الواضحة ، والله الموفق .

مســألة

قـال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على ابن له كبير بغلام فلا يقبضه حتى يتصدق الأب به(٢٤) على ابن له صغير(٢٥) في حجره، فينكر ذلك الكبير ويقول لا أجيز ما صنعت(٢٦) فسخط عليه الأب وكف عنه حتى مات الأب والغلام في يديه يحوزه

---

(٢٤) في ق ٢ ق ٣ (به الأب) .

(٢٥) في ق ٢ (ابن له آخر أيضاً صغير) ـ بزيادة (آخر أيضاً) .

(٢٦) في ق ٢ (صنعت فيه) بزيادة (فيه) .

للصغير ، لأيهما ترى الغلام ؟ فقال أراه للصغير إذا لم يحزه الكبير . قيل له إنه تركه خوفاً من سخط أبيه وقد اشهد أنه غير راض بما صنع ، فقال لا ينفعه الإشهاد ، لأنه لو شاء أن يخاصمه فيه قضى له به ، فقد آثر بر أبيه والتماس رضاه على أخذ صدقته ، فله أجر البر (إن شاء الله تعالى)[٢٧] ولا صدقة له الا بالحيازة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إنه إذا لم يقبض الابن الكبير الغلام حتى مات الأب المتصدق ، فلا صدقة له ، إذ لا تتم الصدقة إلا بالحيازة ، فله أجر البر كما قال في تركه القيام على أبيه في الغلام الذي تصدق به على أخيه[٢٨] بعد أن كان تصدق به عليه ، وكذلك يقول ابن القاسم لو تصدق على آخر كبير فقبضه ، لكان الأول أحق به ، وأشهب يرى أن الثاني إذا حازه فهو أحق به من الأول ، فيتخرج[٢٩] على قياس قوله إذا تصدق به على ولد له كبير ،ثم تصدق به على آخر صغير ، وحازه قبل أن يقبضه الأول ـ قولان ، احدهما ان حيازة الأب للصغير كحيازة الكبير لنفسه ، فلا يكون للأول شيء ـ وإن قام عليه في حياته . والثاني أن حيازة الأب للصغير ليست كحيازة الاب[٣٠] للكبير ويكون الابن الكبير المتصدق عليه أولاً بالعبد أحق به ـ إن قام على الأب في حياته ، والقولان في حيازة الأب للصغير هل تكون في القوة كحيازته للكبير قائمان من مسألة رسم الجواب فيما تقدم .

(٢٧) جملة (إن شاء الله تعالى) متآكلة في الأصل .

(٢٨) في الأصل (ابنه) .

(٢٩) في الأصل (فيخرج) .

(٣٠) في ق٢ (الابن الأكبر) .

مسـألة

قال يحيـى وسألت ابن القاسم عن امرأة أرفقت[٣١] زوجها بمنزل لها فكان في يديه يحرث مزارعه ويجني له شجره[٣٢] ، ويصيب جميع مرافقه ؛ ثم تصدقت به على بنت لها متزوجة ، أو ابن قد بلغ الحوز ، وأشهدت على الصدقة وأمرت الولد بالحوز ؛ فسأل الأب ابنه او ابنته ان يعيره ذلك المنزل يرتفق به ويقره في يده بحاله ، ففعل الابن وأشهد على أبيه (بالعارية)[٣٣] ولم يقبض المنزل من يده للحيازة ، ولم يخرج منه أباه ، أقره فيه بحاله واكتفى من الحيازة بالإشهاد على أبيه بالعارية ؛ قال ابن القاسم : أي حوز أبين من[٣٤] هذا أو أتم ! من أعار ما تصدق به عليه ، فقد استكمل الحوز ؛ قلت له أما تراه قد أوهن حيازته ، لأنه كان قبل الصدقة في يد أبيه ، لم يخرجه من يده حتى أحدث الإشهاد بالعارية ؛ فقال[٣٥] لا وهن عليه ، بل الذي فعل حوز بين ، تتم له به صدقة أمه عليه ، والعارية كالقبض .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن المرأة كانت أرفقت زوجها بالمنزل إلى غير أجل ، فكان في يديه يرتفق بمنافعه ، ويصيب جميع مرافقه ، فلما تصدقت به بعد ذلك على ابنها أو ابنتها ، سقط حق

---

(٣١) في ص ق٣ (رفقت) .

(٣٢) في ق ٢ (ويجني ثمره) .

(٣٣) كلمة (بالعارية) ساقطة في الأصل .

(٣٤) في الأصل (على) .

(٣٥) في الأصل (قال) .

زوجها في الإرفاق ووجب المنزل بجميع مرافقه للمتصدق عليه ، فإذا أرفق أباه إياه ، كان ذلك حوزاً بيناً منه للمنزل عن أمه ، لا يدخل فيه الاختلاف الذي في قبض المخدم والمسكن والممنوح ، هل يكون قبضاً للمتصدق عليه ، او الموهوب له أم لا ؟حسبما يأتي في نوازل سحنون بعد هذا،لأن الاختلاف لما وقع في هذا من أجل بقاء حق المخدم[٣٦] والمسكن والممنوح فيما منح إياه أو أخدمه ، أو أسكنه بعد هبة[٣٧] الأصل والصدقة[٣٨] به ، فمن حمل الأمر على أن المسكن والمخدم يختدم ما أخدم أو أسكن على ملك الموهوب له أو المتصدق[٣٩] عليه من يوم الهبة والصدقة،إذ قد سقط ملك الواهب له عن الأصل،رأى ذلك حيازة ؛ ومن حمله على أنه إنما يختدم ذلك ويسكنه على ملك الذي أخدمه إياه وأسكنه[٤٠] حتى تنقضي خدمته أو سكناه لم ير ذلك حيازة ؛ فمسألتنا خارجة عن هذا المذهب[٤١] ، إذ لم يبق للزوج حق في المنزل بعد الصدقة ، ومن أكرى داره ، أو آجر عبده ، ثم وهب ذلك لرجل قبل[٤٢] انقضاء أمد الكراء والاجارَة ، فلا يكون قبض المكتري والمستأجر قبضاً للموهوب له ، لأن المكتري إنما يسكن على ملك الواهب الذي يأخذ الكراء ، وكذلك المستأجر إنما يستخدم على ملكه ، وفي ذلك اختلاف لا يحمله القياس ، وقع في سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب ومن[٤٣] كتاب المديان والتفليس في رسم مساجد القبائل ، وقد مضى هنالك

---

(٣٦) في الأصل (الخدمة) .

(٣٧) في الأصل (هبته) .

(٣٨) في ق ٢ (أو الصدقة) .

(٣٩) في ق ٢ (أو المتصدق) .

(٤٠) في الأصل (وأسكنه) .

(٤١) كلمة (المذهب) ساقطة في ق٢ .

(٤٢) في ص ق٣ (قد انقضى) .

(٤٣) في ص ق ٣ (من) .

القول على ذلك ، وكذلك المساقي في الحائط لا يكون حائزاً لمن وهب له أو رهن اياه ، وقع ذلك في الرهن في رسم القضاء المحض من سماع أصبغ من كتاب الرهون ، من أن كون الحائط في يدي مساقيه ، ككونه في يدي صاحبه .

مسـألة

قال ولو أن رجلاً تصدق على رجل بدار له ، فدفع إليه مفتاحها وبرأ إليه من ذلك ليحوزها ، كان ذلك حوزاً(٤٤) ـ وإن لم يسكن المتصدق عليه الدار ولم يسكنها غيره .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، لأن قبضه لمفتاح غلق الدار قبض للدار ، وإن لم يسكنها ولا اسكنها غيره ، كما لو وهبه فقبضه(٤٥) ثوباً وصار بيده ، لكان ذلك قبضاً وحيازة وإن لم يلبسه ولا أعارهُ أحداً ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على امرأته بالصدقة فتثيبه بوضع الصداق عنه ، أو تضع عنه الصداق فيتصدق عليها بمنزل له ، فيموت المتصدق قبل أن تحوزه المرأة ، أترى لها صدقة ؟ فقال إن الصدقات لا تكون للثواب ، هي ماضية لمن تصدق بها عليه ، ولا ثواب عليه فيها ، ولا شيء للمتصدق عليه(٤٦) منها إن

---

(٤٤) في ق ٢ (له حوزاً) ـ بزيادة (له) .

(٤٥) كلمة (فقبضه) ساقطة في الأصل .

(٤٦) في الأصل (عليها) .

لم يحزها ، فالمرأة التي أثابت زوجها على ما تصدق به عليها بأن وضعت عنه صداقها ، فالصداق عنه موضوع ، ولا حق لها في الصدقة إلا بالحيازة؛ قال فإن[٤٧] ابتدأته (هي)[٤٨] بوضع الصداق، فتصدق عليها بمنزله ثواباً لها ، فالصداق موضوع عنه وليس لها من المنزل شيء إلا بحيازة[٤٩] ؛ قلت فإن وهب لها هبة ، فأثابته بوضع الصداق ، ولم يقبض الهبة حتى مات ، قال الهبة لها لا حوز عليها فيها ، إذا كانت هبة ثواب ، يعرف ذلك بوجه[٥٠] الأمر من حالهما[٥١] ؛ قال أصبغ وكذلك الهبة قبل الثواب ، قال يحْيى قال ابن القاسم وإذا ابتدأته بوضع الصداق ، فأثابها بأن أعطاها منزله ، فإن كان وضع الصداق إنما كان للثواب اشترطت[٥٢] ذلك ، فالمنزل لها إذا أثابها ، ولا حيازة عليها فيه ، إن مات قبل أن تحوزه ، وما وضعت من صداقها ولم تشترط له ثواباً فلاثواب لها فيه ، وإن أثيبت فلم تحزه فلا شيء لها ؛ قال أصبغ[٥٣] الصداق عندنا مخالف لما تهب من غير الصداق ، إذا التمست عليه ثواباً ـ وادعت ذلك بعد موت الزوج .

قال محمد بن رشد : قوله إن الصداق لا ثواب فيه ، يريد إلاّ أن تشترط فيه الثواب ، فسواء تصدق عليها بالمنزل فأثابته بوضع الصداق،

---

(٤٧) في ق ٢ (وإن) .

(٤٨) كلمة (هي) ساقطة في الأصل .

(٤٩) في ق٢ (ان تحتازه) .

(٥٠) في ص ق٣ (يوجه) .

(٥١) في الأصل (حالها) .

(٥٢) في الأصل (اشترط) .

(٥٣) في ق ٢ (قال وضع الصداق) .

أو وضعت عنه الصداق فأثابها بالصدقة عليها بالمنزل، لا شيء لها في المنزل الا بالحيازة . والصداق عنه موضوع ، الا أن يكون ذلك بشرط الثواب ، فيكون لها المنزل دون حيازة ؛ وأما إذا وهب لها المنزل فأثابته بوضع الصداق ، فقوله إن الهبة لها لا حوز عليها فيها إذا كانت هبة ثواب يعرف (ذلك)[٥٤] بوجه الأمر (من)[٥٥] حالهما هو على مذهبه في المدونة في أن الزوجين لا ثواب بينهما في الهبة، إلا أن يدعي الواهب منهما أنه أراد بهبته الثواب،ويظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه[٥٦] وقد قيل إنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقه؛ وهذا القول حكاه عبد الوهاب في المعونة، فجعل حكم الزوجين في ذلك حكم الأجنبيين ، وقيل إنه لا ثواب له إلا أن يشترطه ، وهو ظاهر قول ربيعة في المدونة وقول مالك الذي يتلوه ؛ وأما إذا ابتدأته بوضع الصداق فوهب لها هبة ، فلا شيء لها فيها الا بالحيازة ؛ اذ لا اختلاف في أنه لا ثواب لها في هبة الصداق الا أن تشترطه حسبما مضى القول فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى ، وذلك بين من قوله في هذه الرواية : والصداق عندنا مخالف لما تهب من غير الصداق إذا التمست عليه ثواباً ، أو ادعت ذلك بعد موت الزوج ـ يريد أنها لا تصدق[٥٧] إن ادعت أنها أرادت بهبته الثواب ، وأنها تصدق ـ فيما عدا الصداق إن ظهر من صورة الحال ما يدل على صدقها ، فهو قوله في هذه الرواية إذا كانت هبة ثواب يعرف ذلك بوجه الأمر من حالهما ، ومذهبه في المدونة ، وبالله التوفيق .

مسألـة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن غلام قد بلغ الحلم وهو في

---

(٥٤) كلمة (ذلك) ساقطة في الأصل .

(٥٥) كلمة (من) ساقطة في ص ق٣ .

(٥٦) انظر م ٦ ـ ج ٥/ ١٣٩ ـ ١٤٠ .

(٥٧) في الأصل (وإن) .

حجر أبيه قد قرأ القرآن ، إلا[٥٨] أنه لا يعرف بصلاح يزكى به ولا فساد ، إلا أنه عمر في حجر أبيه ، بحداثة احتلامه تصدق عليه أبوه بصدقات ، منها : مزرعة وخادم في تلك المزرعة بولدها وزوجها حر ، ودور في القرى لا تغتل[٥٩] ، ودار في حاضرة البلد كان الأب أسكن فيها بعض ولده ، فتصدق[٦٠] عليه بهذه الصدقة وهو في حجره ـ وحاله ما وصفت لك ، ولم يغير الأب تلك المزرعة ولا الخادم ، ولا الدار التي في حاضرة البلد عن حالاتها[٦١] التي كانت عليها قبل الصدقة ، ولم يكن بين إشهاده له بالصدقة ، وبين موت الأب إلا نحو من شهرين[٦٢] أو ثلاثة ، أو أكثر قليلاً ؛ أترى الأب يحُوز على مثل هذا ؟ قال نعم ، سمعت مالكاً يقول يحُوز الأب على ابنه المحتلم إذا كان في حجره وولاية نظره ـ حتى يؤنس منه الرشد ! قلت فما يضر هذا الغلام ترك الأب تلك الأشياء بحالها إذا لم يخرج من كان في الدار ، أو ما أشبه هذا مما يرى أنه يحوز به عليه ؛ فقال أما الدار فلا حق له فيها ، إذا لم يخرج منها من كان يسكنها ، وأمَّا المزرعة والغلام ، فأرى صدقته عليه بذلك ثابتة ؛ قلت فما ترى الحوز يلزم الابن المحتلم ؟ قال إذا كان في حسن نظره[٦٣] بمنزلة اليتيم الذي يلزم القاضي أن يدفع اليه ماله إذا كان قبل ذلك مولى عليه ، فإذا عرف من الغلام حسن نظره في ماله

---

(٥٨) في ق ٢ (غير) .

(٥٩) في ص ق٣ (تقبل) .

(٦٠) في ص ق٣ (يتصدق) .

(٦١) في الأصل (حالتها) .

(٦٢) في الأصل (شهر) .

(٦٣) في ق ٢ (النظر) .

واصلاحه[٦٤] على نفسه ، وأمن عليه الفساد الذي يعرف به من حسن رأيه وجمعه على نفسه مع بُلوغ الحلم ، وجب عليه أن يحوز لنفسه ، ولا يكون الأب حائزاً على مثل هذا ، ولا يزال الأب حائزاً على من لم تكن هذه حاله من ولده وان احتلم المتصدق عليه فليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى ترضى[٦٥] حاله ، ويشهد العدول على صلاح أمره .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الرواية : أما الدار فلا حق له فيها إذا لم يخرج منها من كان يسكنها ، معارض لقوله في رسم شهد من سماع عيسى في الذي جعل لابنته الصغيرة ، ولإمهات ولده ومواليه الساكنين في الدار التي تصدق بها على ابنه (الصغير)[٦٦] أن يسكنوا معه فيها، ما لم يتزوج واحدة منهن ، إلا أن يفرق بين المسألتين بسكنى الابن المتصدق عليه معهم فيها حسبما مضى القول فيه هناك . وقوله في آخر المسألة : فليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى ترضي حاله ، ويشهد العدول على صلاح أمره ، نص على أنه لا يخرج من ولاية أبيه بالاحتلام ، وأنه محمول على السَّفه ـ حتى يثبت رشده ، ومثله في كتاب الحبس من المدونة[٦٧] وهو ظاهر سائر المدونة وغيرها ، الا ما وقع في أول كتاب النكاح من المدونة في[٦٨] قوله فيه إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء[٦٩] ، فإن ظاهره أنه بالاحتلام يكون محمولاً على الرشد ، وتجوز أفعاله حتى يعلم سفهه ؛ وهي

(٦٤) في ق٢ (وإصلاح) .
(٦٥) في ق٢ (يرضى) ـ بالياء .
(٦٦) كلمة (الصغير) ساقطة في الأصل .
(٦٧) انظر م ٦ ـ ج ١٥/ ١٠٨ ـ ١٠٩ .
(٦٨) في ق ٢ (من) .
(٦٩) انظر م ٢ ـ ج ١٥٧/٣ .

رواية زياد عن مالك في البكر أنها تخرج من ولاية أبيها بالحيض ، فكيف بالغلام ؟ وقد تأول ابن أبي زيد قوله في المدونة : فله أن يذهب حيث شاء : أن معناه بنفسه لا بماله ؛ فعلى هذا تتفق الروايات كلها، ولا يخرج عنها إلا رواية زياد عن مالك، وقد تأول أن قول مالك إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ، معناه إذا احتلم ورضيت حاله ، بدليل قول ابن القاسم إلا أن يخاف من ناحيته سفه ، فله أن يمنعه ؛ والى هذا ذهب ابن لبابة الا أنه أخطأ في تأويله على ابن القاسم فقال : هذا هو الحق لو مات الأب وأوصى به لم يخرج من ولاية الـوصية حتى يثبت رشده ، فكيف بالأب ؟ وهو نص ما في كتاب الحبس من المدونة قوله فيه ألا ترى أن الله تبارك وتعالى قال : ﴿ وابتلوا اليتمى حتى اذا بلغـوا النكاح ، فـإن آنستم منهم رشداً، فـادفعـوا اليهم أموالهم ﴾[٧٠] ، وبلوغ النكاح هو الاحتلام والحيض ، فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ الا بالرشد ، فكيف مع الآباء الذين هم املك بهم من الأوصياء ، وإنما الأوصياء بسبب الآباء ؛ فالابن بعد بلوغه مع الأب عند ابن القاسم على السفه[٧١] حتى يعلم رشده ، بخلاف البكر لأن البكر عنده لا تجـوز أفعالها وإن علم رشدها ، خلاف تأويل ابن لبابة عليه من أن الابن بعد بلوغه في ولاية أبيه وإن علم رشده حتى يطلق من الولاية على ما وقع في المدونة من اللفظ الذي احتج به ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قلت أرأيت المولى عليه لصغره ، إذا كان عند مبلغه الحلم معروفاً باصلاح المال . وإدارة البيع ، وحب الكسب ، وهو ممن لا تجوز شهادته عند القضاة ، ولعله مشهور بشرب الخمر واتباع

---

(٧٠) الآية : ٦ ـ من سورة النساء .

(٧١) في الأصل (سفه) .

الفسق ، مما يظن به سوء[٧٢] ظاهر أمره ؛ ولكنه في اصلاح المال غير مخدوع ، وهو له غير مضيع ؛ أترى أن يولى عليه لسوء حاله ، أم يستوجب أخذ ماله لاصلاحه المال وإن كان في دينه غير صالح ، فقال يدفع اليه ماله اذا عرف بحسنه واصلاحه ، ولا ينظر فيما يركب من الذنوب ، ورب رجل صالح في حاله ، مفسد لماله لضعف عقله ، وسوء رأيه ، فأرى أن يولى على مثله ، ولا يستوجب أخذ ماله ، لكفه عن الشرب ، وما أشبه ذلك[٧٣] إذا كان غير مصلح لماله ، ولا حابس على نفسه ؛ قلت أرأيت الذي يعرف الاكتساب والطلب لتثمير ماله ، وتفقد عقاره ، ويصلح جهده ، غير أنه مسرف فيما يكتسي به ، ذاهب السرف ، يتكلف فوق قدره ، ويجود بأكثر من طاقته في حال السخاء والبذل ؛ إمّا في الإكثار من جمع الناس على طعامه ، أو في أعطيته ، لا يحمل مثلها ماله وما[٧٤] أشبه هذا مما يعد به مسرفاً ؛ أترى أن يولى على مثله ؟ قال نعم ، يولى على مثل هذا .

قال محمد بن رشد : هذا مذهب ابن القاسم ان المولى عليه يستوجب أخذ ماله والانطلاق من الولاية بحسن النظر في المال ، والاصلاح له بحسن القيام ـ دون صلاح الدين ؛ وكان يقول رُبَّ فاسق أطلب للدرهم ، واكسب للرزق ؛ منا ؛ وأخذ بقوله[٧٥] أصبغ ما لم يكن مارقاً في الفساد . وذهب مطرف ، وابن الماجشون إلى أن المولى عليه لا يخرج من الولاية إذا شرب النبيذ المسكر وإن كان حسن النظر في ماله . قالا : والرشد الذي ذكره

(٧٢) في ق ٢ ، ق ٣ (لسوء) .

(٧٣) في ق ٢ (أشبهه) .

(٧٤) في ق ٢ (أو ما) .

(٧٥) في ص ق٣ (بقول) .

الله في اليتيم مع بلوغ الحلم حتى يدفع اليه ماله ويجوز أمره وقضاؤه فيه هو الرشد في حاله وماله ، لا يكون هذا دون هذا ؛ هذا[٧٦] هو قول مالك وجميع علمائنا بالمدينة ؛ قالا ولا يرد بشرب الخمر في الولاية بعد خروجه منها ـ إذا أحدث[٧٧] ذلك ، والفرق بين ذلك بيِّن ، وهو قول ابن كنانة وغيره من المدنيين ، واختيار[٧٨] ابن حبيب ، ومذهب ابن القاسم أظهر من جهة القياس ، لأنه كما يحجر على البالغ الذي لم تلزمه ولاية في ماله اذا كان مفسداً له ، سيىء النظر فيه، متلفاً (له)[٧٩] لقلة رأيه فيه وإن كان حسن الدين في قولهم كلهم ؛ فكذلك يلزم على قياس ذلك ، أن يدفع اليه ماله ، ويرفع[٨٠] عنه التحجير فيه ـ إذا كان حسن النظر[٨١] وإن كان سيىء الدين . وقول ابن القاسم في هذه الرواية ان الذي يعرف بالاكتساب والطلب لتثمير ماله ، وتفقد عقاره ـ إذا كان ذاهب السرف فيما يتلفه فيه من السخاء على إخوانه ، وجمع الناس على طعامه وعطياته ، لا يحمل مثلها ماله ـ يريد في غير وجوه البر إرادة الثناء والحمد ، يجب أن يحجر عليه فيه ـ نظراً له ، صحيح ، لقول الله عز وجل : ﴿ ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله ﴾[٨٢] الآية .

مسألـــة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن المرأة تضار بزوجها فيقبح الذي بينهما ويفسد ، فتريد المرأة أن تضر بزوجها باخراج مالها من

---

(٧٦) كلمة (هذا) ساقطة في ق ٢ .

(٧٧) في الأصل (حدث) .

(٧٨) في ق ٢ (وإياه اختار) .

(٧٩) كلمة (له) ساقطة في ص ق ٣ .

(٨٠) في ق ٢ (ويرتفع) .

(٨١) في ق ٢ (النظر فيه) ـ بزيادة (فيه) .

(٨٢) الآية : ٥ ـ من سورة النساء .

يديه ويصير[٨٣] إلى بعض قرابتها ؛ فلما علمت أن للزوج أن يمنعها من مجاوزة ثلث مالها ـ إن تصدقت ، أو أعتقت ، أو أعطت قصدت إلى قدر الثلث فتصدقت به الى بعض قرابتها ؛ وقد تبين لفساد ما بينها وبين زوجها ـ أنها إنما أرادت الضرر به ، ولولا الذي وقع بينهما ، لعلها لا[٨٤] تتصدق على الذي تصدقت عليه بثلث مالها بقيمة دينار من مالها أو أدنى ، فقال أرى ذلك جائزاً وإنْ كان أمرها على ما وصفت إذا لم تتجاوز بذلك الثلث . قلت أرأيت ان اتبعت بصدقة ثلث ما بقي بعد أشهر ، فقال إن تباعد ذلك جاز ، وإن تقارب رد ؛ قلت كأن حالها عندك وحال التي تتصدق لغير[٨٥] الضرر سواء ؛ قال ما أراهما إلا سواء ، قلت فما تباعد ما بين الصدقتين عندك ؟ أترى الشهر بعيد أم لا يكون متباعد الا بقدر سنة أو نحوها ؟ قال ليس في ذلك حد ، قال أصبغ الا ما طال حتى يرى أن ذلك تبررُ مستقبل وتقرب ؛ قال يحيى وقد قال غيره ما يبين أنها تفعله على وجه الضرر لا لبر ولا لطلب أجر ، إن ذلك مردود كله : قليله وكثيره ؛ قال سحنون وهو قول ابن القاسم في الثلث إذا كان على وجه الضرر أنه لا يجوز ، قال سحنون وأنا أراه جائزاً .

قال محمد بن رشد : لا يجوز للمرأة ذات الزوج قضاء في أكثر من ثلث مالها هبة ولا صدقة ، ولا بما أشبه ذلك من التفويت بغير عوض دون إذن زوجها في قول مالك وجميع أصحابه ، لقول النبي ـ عليه السلام ـ : لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها بغير إذن زوجها[٨٦] ؛ واختلف إن

---

(٨٣) في ق ٢ (وتصيره) .

(٨٤) في ق ٢ (ألا) .

(٨٥) في ص ق ٣ (بغير) .

(٨٦) يأتي للمؤلف في الصفحة بعد هذه ـ بلفظ : (لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا بإذن =

قصدت بتفويت ثلث مالها فأقل الى الاضرار بزوجها فيما يتبين[٨٧] من حالها على ثلاثة أقوال ، أحدها : أن ذلك لا يجوز ـ وهو قول غير ابن القاسم في رواية يحيى هذه عنه ، وظاهر قول مالك في رواية أشهب عنه من كتاب الأقضية . والثاني أن ذلك جائز وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى هذه عنه وقول سحنون . والثالث أنه إن كان أقل من الثلث جاز ، وإن كان الثلث لم يجز ، وهو قول ابن القاسم في رواية سحنون هذه عنه ؛ وما في المدونة في ذلك محتمل للتأويل ، واختلف في فعلها : هل هو محمول على الرد حتى يجاز ، أو على الإجازة حتى يرد ؛ فحكى ابن حبيب عن مطرف ، وابن الماجشون ، أنه محمول على الرد حتى يجيزه[٨٨] الزوج ، لقول النبي عليه السلام لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها إلا بإذن زوجها وهو ظاهر قول مالك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق ، فعلى قياس هذا اذا تصدقت أو أعتقت أكثر من الثلث ، فلم يعلم بذلك زوجها أو علم فلم يقض فيه برد ، ولا إجازة حتى مات عنها[٨٩] أو طلقها ، لم يلزمها ذلك ، وقد روي ذلك عن بعض أصحاب مالك ، وإن ادعت أنه الثلث ، أو أقل من الثلث ، كان عليها أن تبين ذلك ؛ وحكى عن ابن القاسم أنه محمول على الإجازة حتى يرد (الزوج)[٩٠] وهو ظاهر قوله في رسم الكراء والأقضية، وقول سحنون في سماع ابن القاسم من كتاب العتق ؛ فعلى قياس هذا ؛ إذا علم الزوج بذلك أو لم يعلم[٩١] فلم يرد حتى مات عنها، أو طلقها، لزمها

زوجها) .

وقد أخرجه أبو داود ، والنسائي وابن ماجه . انظر عون المعبود ٣/٣١٧ .

(٨٧) في الأصل (تبين) .

(٨٨) في الأصل (يجيز) .

(٨٩) سقطت كلمة (عنها) في ص ق٣ .

(٩٠) كلمة (الزوج) ساقطة في ص ق٣ .

(٩١) في ق ٢ (إذا لم يعلم . . . أو علم) .

ذلـك ، وإن ادعى الزوج أنه أكثر من الثلث ، كان عليه إقامة البينة ؛ فإن رد الزوج ذلك وبقي بيدها حتى زالت العصمة بموت أوفراق، لم يلزمها ذلك في الهبة والصدقة قولاً واحداً ؛ واختلف في العتق فقيل إنه يلزمها ، وهو قول مطرف وابن الماجشون ؛ وقيل إنه لا يلزمها وهو قول أشهب ، وقيل انها تؤمر بذلك ولا تجبر عليه وهو قول ابن القاسم ؛ ولا خلاف في أنها تقضي في ذلك كله بما شاءت قبل أن تتأيم - بعد الرد ؛ وعلى هذا المعنى يأتي اختلافهم أيضاً إذا لم يعلم الزوج بذلك حتى ماتت ، هل له أن يرده بعد موتها أم لا ؟ فقيل إن له أن يرده وهو قول سحنون في نوازله بعد هذا، وقول مطرف[٩٢] ، وابن الماجشون ؛ وقيل ليس له أن يرده بعد موتها ، وهو قول ابن القاسم في رواية أصبغ عنه ؛ ومن أهل العلم من لا يجيز للمرأة قضاء في شيء من مالها - قل أو أكثر - بغير إذن زوجها، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا باذن زوجها[٩٣] . ومنهم من يجيز لها القضاء في جميع مالها بغير إذن زوجها - استدلالاً بظواهر آثار مروية في هذا المعنى ، فما ذهب اليه مالك في مراعاة الثلث عدل بين القولين ؛ وأما اذا فوتت مالها - الشيء بعد الشيء ، فـإن قرب ما بين ذلك ، نظر في الأول ، فإن كان أكثر من الثلث رد الجميع ، وإن كان الثلث جاز ورد مابعده[٩٤]، وإن كان أقل من الثلث جاز ونظر فيما يليه[٩٥] : فإن[٩٦] كان مع الأول الثلث جاز ورد ما بعده ؛ وإن كان أكثر من الثلث رد وما بـعده ! هذا على قياس ما قاله ابن القاسم في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب العتق ، والقرب في ذلك مثل الشهر والشهرين ، على ما قاله ابن حبيب ، وحكاه عن أصبغ ؛ قال

---

(٩٢) في الأصل (وهو قول مطرف) - بزيادة (وهو) .

(٩٣) مرت الاشارة إلى تخريج هذا الحديث .

(٩٤) في الأصل (بعد) .

(٩٥) في الأصل (ما فيه) .

(٩٦) في الأصل (وإن) .

ولو قرب الأمر جداً مثل أن تتصدق بثلث مالها ، ثم تتصدق بعد يوم أو يومين بثلث الباقي ، أو أقل ؛ أو (أكثر)[٩٧] رد الجميع كما لو كان في عقد واحد، ولا فرق في القياس بين اليوم واليومين ، والشهر والشهرين في أنه يجب أن يمضي الأول ويرد الثاني ، فقدْ قيل إنه يمضي الثلث ويرد ما زاد عليه وإن كان في صفقة واحدة ، فكيف إذا كان في صفقتين ؛ وأما إن بعد ما بين ذلك ، فينظر في الأول ، فإن كان الثلث فأقل جاز ، وينظر فيما بعده : فإن كان الثلث فأقل من الباقي بعد الأول جاز وإن[٩٨] كان أكثر من الثلث لم يجز ، وإن كان الأول أكثر من الثلث رد ونظر فيها بعده : فإن كان أكثر من ثلث الجميع رد ، وإن كان الثلث فأقل جاز ، وهذا على قياس ما قاله ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى (من كتاب العتق)[٩٩] وحد التباعد فيما بين الأمرين الستة الأشهر فأكثر على ما حكى ابن حبيب ، وقيل العام ، لأنه حد في غير ما مسألة؛ وقد قيل إنها إذا تصدقت بثلث مالها لا تنفذ لها عطية في باقيه بحال، قرب ذلك أو بعد ، لأن ذلك يؤدي إلى أن تقضي في جميع مالها ، قال ذلك عبد الوهاب ، الا أن تفيد مالاً آخر فيكون لها أن تقضي في ثلثه ، والقياس أن لها أن تقضي في جميع ما أفادت بعد النكاح إذ لم يتزوجها الزوج عليه ، فلا يحجر عليه فيه ، واختلف اذا قضت في مالها بتفويت أكثر من ثلثه ، فقال ابن القاسم يرد الزوج الجميع وقال عبد العزيز ابن أبي سلمة يرد ما زاد على الثلث ـ وهو قول مالك في رواية ابن الماجشون عنه ؛ فحمل ابن القاسم فعلها فيما زاد على الثلث على الضرر فأبطل جميعه ، وحمله عبد العزيز أبي سلمة على غير الضرر فرد منه ما زاد على الثلث ، كالوصية ـ وهو الأظهر ؛ إذ قد تفعل ذلك رجاء أن يجيزها زوجها ، وقد تجهل أن لزوجها أن يحجر (ذلك) عليها؛ ولا اختلاف في أن فعلها في

---

(٩٧) جملة (أو أكثر) ساقطة في ص ق٣ .

(٩٨) في الأصل (فإن) .

(٩٩) جملة (من كتاب العتق) ساقطة في الأصل .

الثلث فما دونه ، محمول على غير الضرر حتى يعلم أنها قصدت به الضرر ، فيقع فيه من الاختلاف ما تقدم ؛ وقد قيل في الوصية بالثلث إنها ترد إذا قصد بها الضرر ، لقول الله عز وجل ﴿غير مضار﴾[١٠٠] ، وهو بين ؛ وقال ابن الماجشون يرد ما زاد على الثلث إلا في العتق فإنه يرد جميعه إذ[١٠١] لا يتبعض ، واختلف في حلفها بصدقة جميع مالها : فقيل يلزمها ، لأنه مصروف الى الثلث فليس للزوج أن يرده ـ وهو قول سحنون في سماعه من كتاب النذور ، وقيل لا يلزمها ، لأن للزوج أن يرده وهو قول أصبغ في السماع المذكور من النذور ؛ وهذا اختلاف راجع الى الاختلاف في تصدقها بالثلث قاصدة الى الإضرار ، والذي أقول به أنها ان كانت ممن تجهل أن صدقتها مصروفة الى الثلث، كان للزوج أن يرده، وإن كانت ممن يعلم[١٠٢] ذلك لم يكن للزوج أن يرده ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على ابن له بغلام فلم يُجزه الابن حتى أوصى الأب للعبد بالعتاقة ، أيكون ذلك نقضاً للصدقة ؟ فقال إن كان الابن صغيراً في حجر ، فالوصية ماضية ، إن مات الأب عتق العبد بالوصية إن حمله الثلث ، وكان للابن قيمة العبد في رأس مال أبيه ؛ لأنه كان حائزاً عليه ، فليست الوصية التي أحدث بعد الصدقة تبْطل الصدقة ، ولكن يكون العبد الذي تصدق به عليه أبوه كغيره من مـال الولد ، فالوالد اذا أوصى بعتاقة عبد ابنه الصغير أو بتل عتقه ، جاز ذلك على الابن اذا كان

---

(١٠٠) الآية ١٧ من سورة النساء .

(١٠١) في الأصل (لأنه) .

(١٠٢) في ق ٢ (تعلم) .

للأب مال وأعطى الولد قيمة عبده ، فسواء كان له بالصدقة أو من غيرها ؛ قال وان مات الأب ولا مال له ، لم تجز الوصية للعبد وكان الابن أولى به لقبضه بالصدقة ؛ قال وان كان الابن المتصدق عليه كبيراً يلزمه الحوز[١٠٣] لنفسه ، فإنه[١٠٤] ان لم يقبض العبد حتى يموت الأب ، فلا صدقة لهُ والوصية للعبد جائزة وإن قام فأخذ صدقته في حياة أبيه وصحته ، كان أحق ، بحوزها[١٠٥] وبطلت[١٠٦] الوصية ، لأن الأب لا[١٠٧] يحوز على ابنه الكبير ، ولا يجوز له أن يوصي بعتاقة عبيد ولده الأكابر ،فالولد الكبير أحق بالعبد من الوصية إذا قام بالحيازة في صحة أبيه .

قال محمد بن رشد : وصيته بعتق عبد ابنه الصغير ، كعتقِه سواء ان حمله الثلث جاز ، وكان له قيمته في مال أبيه ، وكذلك ما حمل الثلث منه إن لم يحمل جميعه ، وقد مضى في رسم استأذن من سماع عيسى حكم صنيع الأب في مال ابنه الصغير من عتق أو هبة أو صدقة أو تزويج مستوفى ، فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يرث هو وأخوه أرضاً ، فيتصدق منها على رجل بناحية من الأرض بنصها ، وذلك قبل أن يقاسم أشراكه ، ماذا ترى للمتصدق عليه ؟ قال ابن القاسم أرى أن تقسم الأرض كلها بين الورثة ، فإن صارت الأرض التي

---

(١٠٣) في الأصل (أن يحوز) .
(١٠٤) في الأصل أنه .
(١٠٥) في الأصل (به يحوزها) .
(١٠٦) في الأصل (ويطلب) .
(١٠٧) كلمة (لا) ساقطة في الأصل .

تصدق بها أحدهم للمتصدق بها في سهمه ، أخذها الذي تصدق بها عليه ، وإن صارت لبعض اشراكه كانت للذي تصير له في سهمه وبطلت الصدقة ولم يكن على المتصدق أن يعوض المتصدق عليه منها شيئاً من الأرض التي صارت له في سهمه ؛ قال وان صار للمتصدق بها بعضها في سهمه ، أعطى المتصدق عليه منها الذي صار للمتصدق في سهمه من تلك الأرض بعينها(١٠٨) ؛ قلت له : أرأيت تلك الأرض التي تصدق بها بعينها تحمل القسمة لسعتها دون أرض القرية ؛ أيجوز للمتصدق عليه أن يقول أنا أقاسمكم هذه الأرض دون أرض القرية فآخذ منها نصيب صاحبي المتصدق علي ، وكره ذلك الورثة ؛ قال لا ينظر الى قول واحد منهم ، ولكن ينظر الى الأرض، فان كانت في كرمها أو رداءتها لا تضاف الى غيرها، على ذلك كان القسام يقسمونها لو لم يتصدق بها على وجه العدل بين الورثة قسمت وحدها ، فأعطى المتصدق عليه حصة المتصدق منها ولا حق له فيما سواها مما يقاسمه الوراث اشراكه من بقية أرض القرية ، وإن كانت تلك الأرض بعينها تشبه غيرها من جميع أرض القرية في القرب والكرم حتى يكون رأي القسام اذا عدلوا بين الورثة في القسم أن يجمعوا مثلها(١٠٩) الى بقية أرض القرية ، جمعت في القسم ، فان صارت لغير المتصدق بها لم يكن للمتصدق بها عليه منها ولا من غيرها شيء، وإن صارت أو بعضها للمتصدق في سهمه ، أخذها المتصدق عليه ، أو أخذ ما صار منها للمتصدق بها .

قال محمد بن رشد : جواب ابن القاسم في هذه المسألة صحيح على القول بأن القسمة تمييز حق ، لأنها كأنها حققت أن الذي صار منها

---

(١٠٨) في الأصل (فيها بعينها) ـ بزيادة (فيها) . (١٠٩) في الأصل (مثله) .

للمتصدق من الأرض ، هو الذي كان له يوم تصدق منها ، فلذلك قال إن صارت الناحية المتصدق بها للمتصدق ، أخذها المتصدق عليه ، وإن صارت لغيره لم يكن له شيء ، وإن صار له بعضها ، لم يكن له إلا ما صار له منها ، ويأتي فيها على قياس القول بأنها بيع من البيوع - أنه ليس للمتصدق عليه من الناحية المتصدق بها إلا سهم المتصدق، بأن صارت القسمة لغيره، كان له من حظ المتصدق قدر ذلك، وهو قول ابن الماجشون؛ وقال مطرف إن وقع في سهم المتصدق ما تصدق به فهو للمتصدق عليه ، وان وقع في سهم غيره كان للمتصدق عليه قدر نصيب المتصدق ، وهو استحسان على غير قياس

ومن كتاب الصلاة[١١٠]

قال يحيى وسألت[١١١] عن رجل[١١٢] يقول ثمر حائطي العام صدقة على فلان والنخل يومئذ لا ثمر لها ، فيريد المتصدق أن يبيع[١١٣] الأصل ، قال ليس ذلك له ، الا أن يبيع الأصل في دين رهنه إذا ألجىء الى ذلك من فلس ، قيل له فإن مات المتصدق ولم يثمر النخل ، فقال ليس للمتصدق عليه شيء ! وسئل عنها سحنون فقال : ان أراد بيعها قبل إبار النخل فبيعه غير جائز ، وان كان بيعه بعد إبار النخل فالبيع جائز .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله في هذه المسألة أن المتصدق بالثمرة ان مات قبل أن يثمر النخل ، لم يكن للمتصدق عليه شيء وان كان قد قبض النخل ، خلاف ظاهر ما في كتاب الهبة والصدقة من المدونة من أن قبض النخل قبض لما يأتي من الثمرة الموهوبة[١١٤] وكان أبو عمر ابن القطان يرد ما

(١١٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١١١) في ق ٢ (وسئل) .

(١١٢) في ق ٢ (الرجل) .

(١١٣) في الأصل (بيع) .

(١١٤) انظر م ٦ - ج ١٥/١٢٣ .

في المدونة بالتأويل الى هذه الرواية ، وكان غيره يخالفه في ذلك على ما قد ذكرناه في كتاب العرايا من المقدمات[١١٥] ، وسائر المسألة قد مضى الكلام عليه مستوفى في رسم أوله مسائل بيوع ثم كراء من سماع أشهب ، فلا معنى لاعادته .

ومن كتاب المكاتب

وسألته عن رجل تصدق على بنين له ثلاثة بأرض أو دار وأحد الولد غائب، فأراد الحاضران أن يحوزا حظبهما، فقاسمهما الأب فأخذا ثلثي الأرض أو الدار ؛ وحبس الوالد الثلث فمات قبل قدوم الابن الغائب فلما قدمَ أراد أن يدخل على أخويه فيما حازا مما كان أبوهم قد[١١٦] تصدق به عليهم ؛ فقال : لا حق له إذا لم يحز لنفسه ولم يحز له حائز ، ولأخويه ما حازا دونه ؛ قلت فلو لم يقاسمهما الأب فحازا ثلثي ذلك أو أقل أو أكثر حيازة مبهمة ، ليست حيازة مقاسمة ؛ قال أصبغ ما حازا بينهم ، لأن الصدقة وقعت بينهم على الإشاعة ، وقبضهما حيازة للغائب لمغيبه[١١٧] ، فقد حازا من الصدقة شيئاً هو بينهما وبين الغائب ، فذلك جائز وهو بينهم سواء ، كما كانت الصدقة بينهم ؛ ويشبه أن يقولوا مثل هذا أيضاً وإن كانا[١١٨] حازاه على مقاسمة من الأب فيها ، لأن القسمة التي قسمها الأب لا تجوز عليه ، إذ ليس ممن يجب أن ينظر له .

---

(١١٥) من القسم المخطوط الذي لم ينشر بعد ، وما أجدره بالتحقيق !

(١١٦) كلمة (قد) ساقطة في ق ٢ .

(١١٧) في ص ق ٢ (بمغيبه) ـ بالباء .

(١١٨) في الأصل (كان) .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الرواية قلت فلو لم يقاسمهما الأب إلى آخر المسألة ، ساقط من أكثر الكتب ، وهي زيادة جيدة تتم[١١٩] بها المسألة ؛ ولا إشكال فيما حاز الحاضران[١٢٠] على غير قسم أنه بينهما وبين الغائب ، وإنما الكلام فيما حازاه على مقاسمة من الأب لهما على الغائب؛ فالقياس أن يدخل الغائب عليهما فيما حازاه على الأب ، لأن قسمته لا تجوز عليه إذا كانت بعدَ الصدقة ولم تكن في أصلها ؛ ووجه اعمال القسمة عليه - وإن لم تكن في أصل الصدقة ، وكانت بعدها مراعاة قول من يقول إن الصدقة والهبة لا يجب الحكم بها على المتصدق والواهب ما لم تقبض[١٢١] منه فكانت القسمة كأنها في أصل الصدقة ؛ ولو قدم الغائب والمتصدق حيٌّ ، لما جازت عليه القسمة إذا لم تكن في أصل الصدقة ؛ وعلى قياس إجازة القسمة على الغائب استحساناً مراعاة لهذا الخلاف ، يأتي ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن المدنيين والمصريين - وقال إنه مما اجتمعوا عليه ورأوه واحداً في الهبة والصدقة من أن الرجل إذا حبس حبساً[١٢٢] على بنيه الصغار والكبار ، أو تصدق عليهم بصدقة ، فقاسمه في أصل التحبيس أو بعده ، فسمى للصغار من ذلك مساكن معروفة محدودة ، وللكبار مثل ذلك ، فلم يحز الكبار ما سمى لهم من ذلك ، وحاز هو للصغار ما سمى لهم ؛ جاز ذلك للصغار وبطل على[١٢٣] الكبار ، لأنه إنما صار كأنه إنما حبس على كل فريق منهم[١٢٤] شيئاً بعينيه مفروزاً محدوداً ، وقال فضل رأيت ابن حبيب قد ذكر في سماعه من[١٢٥] أصبغ ، عن ابن القاسم بخط يده : إذا قسم ذلك في أصل

---

(١١٩) في الأصل (يتم) - بالياء .

(١٢٠) في الأصل (الحاضر) .

(١٢١) في الأصل (يقبض) - بالياء .

(١٢٢) في ق٢ (حبس على بنيه . . . حبساً) .

(١٢٣) في ق ٢ (عن) .

(١٢٤) في الأصل (بعينهم) .

(١٢٥) في الأصل (عن) .

الحبس ولم يذكر فيه هذه كما حكى ههنا .

قال محمد بن رشد : وهذا هو القياس ، إلا أن يكون إذ قسم الحبس أو الصدقة بين الصغار والكبار بعد أن حبس أو تصدق عليهم جميعاً ، قسمه مع الكبار برضاهم ، فيجوز ذلك ويكون للصغار حظهم بحيازة الأب إياه لهم ، ويبطل[١٢٦] حظ الكبار ، إلا أن يحوزه ولا يكون في ذلك اختلاف ولا اعتراض ، لأن قسمة الأب على الصغار جائزة ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال : وسألته عن الرجل يكون بينه وبين الرجل عبد ، فيقول أحدهما نصيبي من خدمتك عليك صدقة ؛ فقال : يقول عليه نصيب صاحبه ، ويكون (ذلك)[١٢٧] بمنزلة من أعتق شركاً له في عبد . قلت فإن قال الرجل لعبده خدمتك عليك صدقة ما عشت أنت ، أو[١٢٨] ما عشت أنا ؛ قال : أما حياة العبد فبين أنه حر ساعتئذٍ ، وأما حياة السيد ، فليس له من خدمته إلا حياة السيد ، ولا يكون حراً ؛ وكذلك قوله بخراجك وبعملك[١٢٩] .

قال محمد بن رشد : فرق مالك في سماع ابن القاسم من كتاب الخدمة في أول رسم منه بين الخراج والعمل ، فقال إنه إن قال تصدقت عليك بخراجك ، كان له أن يستخدمه ولا يضربه . يريد في مثل ما استخدم فيه أم الولد ، وإن قال قد تصدقت عليك بعملك ، كان حراً مكانه ؛ وقال سحنون

---

(١٢٦) في الأصل (ويطل) .

(١٢٧) سقطت كلمة (أنك) في الأصل ، وفي ق ٢ (قوله ذلك) ـ بزيادة (قوله) .

(١٢٨) في ق٢ (وما عشت) .

(١٢٩) في ق ٢ (أو بعملك) .

مفاد الخراج والعمل والخدمة -عندي- واحد ، فإن قال الرجل لعبده قد تصدقت عليك بخدمتك أو بخراجك[١٣٠] أو بعملك ، فإن كان أراد ما عاش العبد فهو حر ساعتئذٍ[١٣١] ؛ وإن كان ما عاش السيد فليس له منه إلا حياة السيد ، فقول سحنون في مساواته بين الخراج والخدمة والعمل ، مثل (قول)[١٣٢] ابن القاسم في هذه الرواية ، خلاف قول مالك : ولا فرق عند جميعهم بين الخدمة والعمل ، ولم يتكلم ابن القاسم إذا قال قد تصدقت عليك بخدمتك أو بعملك ولم يقل ما عشت أنت أو ما عشت أنا ، والذي يوجبه النظر أن يصدق في ذلك دون يمين ، وهو الذي يدل عليه قول سحنون ؛ فإن قال لم تكن لي نية ، حمل على حياة العبد وكان حراً مكانه ، وبالله التوفيق .

مســـألة

قال وسألته[١٣٣] عن الرجل يتصدق في صحته على الرجل بمن إذا ملكه عتق عليه ، فلا يقبل صدقته ما يكون حال العبد ؟ فقال يكون حرّاً على سيده الذي تصدق به ، ويكون ولاؤه له[١٣٤] ولا يجبر المتصدق عليه على أخذه .

قال محمد بن رشد : قوله إذا لم يقبل أنه يكون حرّاً على سيده الذي تصدق به ، وبكون الولاء له ، خلاف نص قوله في المدونة في الذي يوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله . إنه يعتق عليه قبل أو لم يقبل ، ويكون الولاء له ؛ قال أبو إسحاق التونسي : وكان القياس إذا لم يقبل أن يرجع رقيقاً لورثة الموصي في الوصية ، أو للمتصدق به في الصدقة ، ووجه ما ذهب

---

(١٣٠) في الأصل (وبخراجك) .
(١٣١) في ق٢ ، ق ٣ (الساعة) .
(١٣٢) كلمة (قول) ساقطة في الأصل .
(١٣٣) في ص ق ٣ (وسألت) .
(١٣٤) في الأصل (فيكون له ولاؤه) .

إليه : أن الموصي والمتصدق ، إنما ملكه كل واحد منهما إياه - إن شاء ، فكان كما لو قال لعبده عتقك بيدك ، إن شئت ، فقال لا أقبل أنه رقيق ؛ ووجه ما في المدونة أن المتصدق والموصي لما علم كل واحد منهما أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه ، حمل عليه أنه أراد عتقه عنه ، فكان الولاء له - قبل أو لم يقبل ، ووجه هذه الرواية ، أنه لما علم أنه يعتق عليه فأوصى له به ، أو وهبه إياه أو تصدق به عليه ، فقد قصد إلى عتقه ، فكأنه[١٣٥] قال إن قبله ، وإلا فهو حر ؛ والقولان في الولاء إذا لم يقبل في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب العتق ، وأما إذا أوصى له بشقص ممن يعتق عليه ، أو وهبه إياه ، أو أوصى له به كله - فلم يحمله الثلث ، فمذهب ابن القاسم[١٣٦] أنه إن قبل عتق عليه ذلك الشقص ، وقوم عليه الباقي إن كان له مال ؛ وإن لم يقبل عتق عليه ذلك الشقص وكان ولاؤه له ، وقال علي بن زياد عن مالك إن لم يقبل سقطت الوصية ، وكذلك على روايته يرجع الشقص الموهوب إذا لم يقبله الموهوب له إلى الواهب ملكاً ، ووجه ما ذهب إليه مالك في رواية علي بن زياد : أنه حمل عليه إذا كان ثم تقويم يضرُّ به ، أنه خيره بين أن يقبل فيعتق عليه ما قبل ، ويقوم عليه باقيه ؛ وبين ألّا يقبل فيرجع إليه رقيقاً[١٣٧] . وإذا لم يكن ثم تقويم يضرّ به[١٣٨] حمل عليه أنه أراد عتقه عنه بكل حال ؛ وعلى هذه الرواية أنه أراد عتقه عن نفسه ، إن لم يقبله ، ورواية علي بن زياد في الشقص يوهب له[١٣٩] ممن يعتق عليه ، أو يوصى له به ، أنه إن لم يقبله رجع رقيقاً ، أظهر من مذهب ابن القاسم ، لأنه إذا كان يعتق عليه الشقص على كل حال - قبله أو لم يقبله - بعد أن يقوم عليه إذا قبله ،

---

(١٣٥) كذا بالأصل ، وفي ق ٢ ، ق ٣ : (فكان كأنه قال) .

(١٣٦) في ق ٢ : زيادة (في المدونة) .

(١٣٧) في ق ٢ (وأما إذا لم يكن) .

(١٣٨) في ق ٢ (فإنه حمل عليه) - بزيادة (فإنه) .

(١٣٩) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

إذ لم يؤثر قبوله له شيئاً ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قلت فإن تصدَّق رجل على رجل مفلس بدنانير ليؤديها في دينه فلم يقبل وقال الغـرماء نحن نقبـل ذلك عليـه(١٤٠) ولا ينبغي (له)(١٤١) أن يضرّ بنا(١٤٢) في رد ما تصدق به عليه؛ فقال لا يُجبر على أخذ الصدقة ، لأنه يقول لا ألزم نفسي مذمة(١٤٣) ولا أوجب لأحد علي منة ، وسيرزقني الله فأؤدي ـ إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : تكررت هذه المسألة في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس ، وهي مسألة صحيحة بينة ، قد أغنى ابن القاسم عن القول فيها بنصه على العلة فيها ، فإن قال الغرماء ليس من حق المتصدق عليك أن يؤدي إلينا ديوننا عنك ، فيكون عليه قد امتن (بذلك)(١٤٤) عليك ، ولا يكون لك في ذلك حجة ، فما الفرق بين ذلك وبين أن يعطيك ما تؤدي منه دينك ؟ قيل لهم الفرق بين ذلك ظاهر بيِّن ، لأنه إذا أدى عنه دينه إلى الغرماء بغير اختياره ، كان من حقه إذا أيسر أن يؤدي ما عليه من الديون ويجبر أربابها على قبضها ، لتزول المنة عنه في أدائها عنه ، ولو قبض المفلس الصدقة التي تصدق بها عليه على أنه بالخيار في قبولها وردها ، فأراد ردها وقال الغرماء نحن نقبلها؛ لتخرج ذلك على قولين حسبما ذكرناه في كتاب التفليس .

---

(١٤٠) في ق ٢ ، ق ٣ (عليك) .

(١٤١) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(١٤٢) في الأصل (تضر) ـ بالتاء .

(١٤٣) كذا في ق ٢ ، والذي في الأصل (ذمة) وفي ق ٣ (من مذمة) .

(١٤٤) كلمة (بذلك) ساقطة في الأصل .

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى وسألت ابن وهب عن أخوين تنازعا في رقيق ادعى أحدهما أن له فيها شركاً ، فقال المدعي لأخيه أن منجاحا وابنتيه بيننا ، وقال له أخوه ليس له إلا ابنة واحدة ، فقال أخوه بل له ابنتان صغيرة وأخرى كبيرة ، فقال له أخوه إن كانت له ابنة سوى صغيرة فهي عليك صدقة فخاصمه الأخ فيما تصدق به عليه من الابنة الأخرى ثم أقر الأخ بعد ما نظر في أمرهما أن له ابنة أخرى، وقال إنما وهبت وليس لك صدقة، وظننت أنك تعني منجحاً غلاماً سواه ؛ فقال[١٤٥] الأخ والله لا أقيلك من صدقتي[١٤٦] ولا ادعها أبداً إلا أن يقضى لهبها، (قال)[١٤٧] فقال سمعت مالكاً يقول ـ وهو الذي آخذ به ـ أن الصدقة إذا كان أصلها على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة ، وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم ، أو حسن معاشرتهم ، فإن صاحبها لا يرجع فيها ؛ وإن خاصمه المتصدق بها عليه ، قضي له عليه بها ، قال وأما كل صدقة تكون في يمين الحالف ، أو لفظ منازع ، أو جواب مكذب لصاحبه ، مثل ما ذكرت لك[١٤٨] في مسألتك ؛ فهي باطل لا يقضى بها لمن تصدق بها عليه في بعض هذه الوجوه ، وما أشبهها ، إلا أن معطيها والمتصدق بها ، يوعظ ويؤثم ، فإن تطوع بإمضائها ، كان ذلك الذي يستحب له ، وان شح ، لم يحكم عليه فيها بشيء .

---

(١٤٥) في الأصل (وقال) .

(١٤٦) في ص ق ٣ (صدقة) .

(١٤٧) كلمة (قال) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٤٨) كلمة (لك) ساقطة في ق ٢ .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في كتاب الهبات من المدونة أن ما كان من الصدقة على وجه اليمين للمساكين ، أو لرجل بعينه ، فلا يجبره السلطان على أن يخرجها(١٤٩) ، وهو المشهور في المذهب ؛ والمعنى في أنه لا يقضي بها بين ، وذلك أن الحالف بالصدقة إنما يقصد إلى الامتناع مما حلف بالصدقة ألا يفعله ، لا إلى اخراج الصدقة ، والأعمال بالنيّات ؛ لكنه إذا فعل الذي حلف بالصدقة ألا يفعله ، فقد اختار إخراج الصدقة على ترك الفعل ، فلذلك قال إنه يوعظ ويؤثم ، وإنما(١٥٠) لا يقضي عليه بالصدقة ، وإن كان اثماً في الامتناع من إخراجها ، لأنه لا أجر له في الحكم عليه بها وهو كاره ، فيذهب ماله في غير منفعة تصير إليه ، ولهذا المعنى لا يحكم على من نذر نذراً بالوفاء به ، وفي المدنية لمحمد بن دينار فيمن شرط لامرأته أن تسري عليها فالسرية صدقة عليها ، إن الصدقة بالشرط تلزمه ، وأنه إن أعتقها بعد أن اتخذها لم ينفذ عتقه ، وكانت لها صدقة بالشرط ، ولابن نافع في المدنيَّة أيضاً فيمن باع سلعة من رجل وقال إن خاصمته فهي صدقة عليك ، فخاصمه فيها ، أن الصدقة تلزمه ، فإن كان يريد بقوله أن الصدقة تلزمه ، أنه يحكم بها عليه ، فهو مثل قول ابن دينار ، خلاف المشهور في المذهب ، وأما ما كان من الصدقات المبتلات(١٥١) لله على غير يمين ، فيحكم بها إن كانت لمعين باتفاق ، وإن كانت للمساكين أو في السبيل علي اختلاف الرواية في ذلك في المدونة ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وسألته عن أخوين أوصى أحدهما بوصية فكتب فيها : وقد

---

(١٤٩) انظر م ٦ ـ ج ٩١/١٥ .

(١٥٠) في الأصل (وإن كان لا يقضي) .

(١٥١) في ق ٢ (المبتلة) .

تصدق فلان بن فلان الفلاني على أخيه فلان بن فلان بحظه من مورثه في دار أبيه وجنانها وبئرها وكل ما صار له فيها ، تصدق به[١٥٢] صدقة لله بتلاً ، أمضاها فلان الموصي لأخيه فلان ـ حي أو ميت[١٥٣] ، وما كان من غير ذلك من متاع[١٥٤] ، أو ناض، أو عقـار ، أو حيوان ، أو دار ، أو قرية ، أو شجر ، أو رحى ، أو حانوت ، أو بيت ـ في داخل المدينة ، أو خارجاً منها في أرباضها ، أو خارجاً من أرباضها ، أو قراها في[١٥٥] جميع الأندلس ، أو في المشرق ، ودارهم التي بأفريقية التي اشتروا من ورثة أبان بن راشد الحلي[١٥٦] ، أو رقيق في كل ما سمياه في قراهم ، أو غير ذلك من البلاد ، من قليل أو كثير ؛ فهو بين أخيه وفلان[١٥٧] شرعاً ـ سواء بينهما ، فادعى الموصي أنه كان أوصى بهذه الوصية مما ذكر من شرك أخيه وصية منه ، وأنه ينقضها إذا بدا له ، كما ينقض الموصي وصيته ، وادعى أخوه أن ذلـك إقرار منه له بشركه الذي كان يعرف له، وقد كانا ـ فيما يعرف الناس من ظاهر أمرهما ـ شريكين حتى تجاحدا ذلك وتناكراه . قلت فهل ترى ما كتب صاحب الوصية في وصيته هذه ـ إقراراً لأخيه ـ ومبتدؤها وصية على ما ذكرت لك ، وكان كتبه[١٥٨] إياها عند غزوة غزاها ـ وهو صحيح سوي . قال[١٥٩]

(١٥٢) جملة (تصدق بها) . ساقطة في ق ٢ .

(١٥٣) في ق ٢ (حيي أو مات) .

(١٥٤) في ق ٢ (أو مال أو ناض) ـ بزيادة (أو مال) .

(١٥٥) في ق ٢ (أو في جميع الأندلس) بزيادة (أو) .

(١٥٦) في ق ٢ (البجلي) .

(١٥٧) في ق ٢ (بين فلان وأخيه) . ففيها تقديم وتأخير .

(١٥٨) في ق ٢ ، ق ٣ (كتابة) .

(١٥٩) في ق ٢ (فقال) .

أرى إن ثبتت هذه الوصية التي اقتصصت بالبينة العادلـة ، أو بإقرار[١٦٠] منه بها ، أن يلزمه جميع ما فيها من الصدقة بحظه من الدار التي ورث عن أبيه وجنانها ، وبئـرها لأنه بتلها لأخيه ويلزمه فيما سوى ذلك من جميع ما كان في يديه يوم أقر لأخيه بها في هذه الوصية إقراره ، فيجعل ذلك بينهما نصفين ، وأرى ما نص من ذلك إقراراً منه لأخيه ، ولست أراها وصية يجوز له نقضها كما ادعى ؛ قال وسألت عن ذلك ابن القاسم وأقرأته كتاب الوصية على مثل ما أقرأته ابن وهب ، فقال مثل قول ابن وهب ولم[١٦١] يخالفه في شيء منها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قالا ، لأن الإقرار فيها بيِّن ، وإن كان ابتداؤ ها وصية ، لأن الرجل يلزمه أن يذكر في وصيته ما عليه من الحقوق ، فهو آكد عليه ممّا[١٦٢] يوصي به أنه[١٦٣] ينفذ عنه ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال : وسألت ابن وهب عن الرجل يتصدق على ابن أخيه ، أو على أخيه وهو صغير في حجره ، وهو يليه بالنظر له ، والقيام بأمره- وليس بـوصي لأبيه فيكون في يدي المتصدق حتى يموت ؛ أيحوز ذلك عليه كحوز الوالد ؟ وهل تحوز الأم لولدها الصغير ما تصدقت به عليه ، أو الأجداد ، أو الجدات ، أو الأخوال ، أو الخالات ، أو الأعمام ، أو العمات ؛ قلت فسر لي ـ رحمك الله ـ من يحوز من

---

(١٦٠) في ق ٢ ، ق ٣ (إقرار) .

(١٦١) في ق ٢ (لم) .

(١٦٢) في ق ٢ (بما) .

(١٦٣) في ق ٢ (أنه) .

هؤلاء على الصغير ما يتصدق به عليه إذا كان في حجره ، ومن لا يحوز عليه منهم ، قال لا يحوز من هؤلاء على الصغير ما يتصدق به عليه إذا كان في حجره - إلا الأب ، والوصي ، والأم إذا كان يتيماً في حجرها - وإن لم يكن موصى إليها[١٦٤] ؛ والأجداد بمنزلة الأب إذا لم يكن الأب وكان الجد هو الذي يليه وهو في حجره ، والجدات بمنزلة الأم ، إذا لم تكن الأم . وكان في حجرها . قال وأما (ما)[١٦٥] سوى هؤلاء ، فلا يكون حوزهم حوزاً للصغير إلا إن برىء[١٦٦] منه إلى رجل يليه للصغير. قلت له أرأيت الأبوين ، والأجداد ، والجدات ، والوصي ، الذين جعلتهم كالأب فيما يلي من الحوز للصغير ، أيجزيهم الإشهاد وإعلان الصدقة ، ويثبت ذلك للصغير المتصدق عليه ، وإن انتفعوا بكل الغلات إن كان عقاراً ، أو لبس الثياب إن كانت الصدقة ثياباً ، أو استخدام الرقيق إن كانت الصدقة رقيقاً ، أم لا يكون الحوز على الصغير ممن يلي ذلك له من هؤلاء الذين نصصت لك حوزهم عليه ، إلا بحبس الغلة عليه ، وان تكرى تلك الصدقة باسمه ، ويشهد[١٦٧] على نفسه بما يقبض من غلته ، وبرىء[١٦٨] من الانتفاع بقليل ذلك وكثيره ، وكيف إن لبس الثوب لبساً[١٦٩] خفيفاً ، أو أتاه وأدرك بعينه ، أو استخدم الرأس

---

(١٦٤) في الأصل (عليه) .

(١٦٥) كلمة (ما) ساقطة في ص ق ٢ .

(١٦٦) في ق ٢ (يبرأ) .

(١٦٧) في ق ٢ (واشهد) .

(١٦٨) في ق ٢ (ويبرأ) .

(١٦٩) في ق ٢ (لباساً) .

استخداماً يسيراً . قال وسألت ابن القاسم عن مثل الذي سألت عنه ابن وهب من الحيازة على الصغير ، فقال لا يحوز على الصغير ما يتصدق به عليه إلا الأب ، أو الوصي ؛ ولا يحوز له إلا من كان يحوّز له إنكاحه والمبارأة عنه والاشتراء له ، والبيع عليه ؛ قال : قال ابن القاسم وقد سألت مالكاً عن الأم تتصدق على ابنها الصغير في حجرها قد مات أبوه ، فقال إن كانت وصية عليه(١٧٠) فهذا الذي لا يعرف غيره أنه جائز ، قال ابن القاسم فأما ما سواها من أمر ليست بوصية ، أو خال ، أو عم ، أو قريب ، أو بعيد ، فلا يحُوز على الصغير وإن كان في حجره ، وأما أن يحوز له الأب أو الوصي أو وصي(١٧١) الوصي ما تصدق به عليه أو تصدق به(١٧٢) غيره عليه(١٧٣) .

قال محمد بن رشد : في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا ، أن كل من ولي يتيماً من قريب أو بعيد ، فانه يحُوز له ما وهب له ، ومثله من بيده اللقيط ، ورواه ابن غانم(١٧٤) ، ونحوه في كتاب القسمة من المدونة أن الرجل يحوز مقاسمته على من التقطه ، فهو قول ثالث في المسألة حسبما مضى تحصيله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس ؛ ولما سأل ابن وهب في هذه الرواية إذ أجاز حيازة الأجداد والأم والجدات لما وهبوا ـ إذا كانوا في حجورهم ، وجعلهم في ذلك كالأب ، هل يكتفون من الحيازة بالاشهاد على الصدقة واعلانها وان انتفعوا بأكل الغلات ، (وإن كان

---

(١٧٠) في ق ٢ (له) .
(١٧١) في ق ٢ ق ٣ (ووصي الوصي) .
(١٧٢) في ق ٢ ق ٣ (يتصدق) .
(١٧٣) في ق ٢ (عليه غيره) .
(١٧٤) في ق ٢ زيادة (عن مالك) .

عقاراً)[١٧٥] أو لبس الثياب إن كانت الصدقة ثياباً ، أو استخدام الرقيق إن كانت الصدقة رقيقاً ، أم لا تصح حيازتهم لهم إلا أن[١٧٦] يكروا ما يكرى من ذلك باسمائهم ، ويشهدوا على انفسهم بما يقبضون من غلات[١٧٧] ذلك ، ويبرؤوا من الانتفاع بذلك بقليل ذلك أو كثيره ، سكت عن الجواب في ذلك ، ولا اعرف له في ذلك مذهباً منصوصاً عليه ؛ وقد اختلف فيما عدا[١٧٨] الملبوس والمسكون[١٧٩] من ذلك في الأب والوصي على ثلاثة أقوال ، قد مضى تحصيله في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ، فلا معنى لاعادته ؛ وأما الملبوس والمسكون فلا اختلاف في أن الأب أو الوصي (إذا لبس)[١٨٠] أو سكن ما وهب أو تصدق به ، أو حبسه ، بطلت حيازته، وكذلك من سَوَى الأب والوصي عند من يجيز حيازته ما وهب لمن في حجره ، وباللّه التوفيق .

مسـألة

قال وسألت ابن وهب عن امرأة استخلفت رجلاً يخاصم لها في منزل غصبته ، فخاصم حتى قضي لها به ، وسكنت فيه سنة - والمستخلف المخاصم معها فيه ، فسألها المخاصم أن تتصدق عليه بثلث ذلك المنزل الذي قضي لها به ففعلت ، ثم إن المرأة قامت عليه بعد تدعي أنها كانت جاهلة بما تصدقت به عليه من ثلث المنزل ، فأتت بشهيدين فشهدا أن فلاناً المخاصم لها المتصدق

---

(١٧٥) ما بين القوسين ساقط في الأصل .
(١٧٦) في ق ٢ (بأن) .
(١٧٧) في ق ٢ (غلة) .
(١٧٨) في ص ق ٣ (دعوى) .
(١٧٩) في ص ق ٣ (المسكن) .
(١٨٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

عليه ، ادعى عند القاضي أنها جعلت له الذي أعطته في القرية في شخوصه وقيامه ، وأنكر القاضي أن يكون علم ذلك من دعواه عنده[١٨١] ، أو سمعه منه ؛ غير أن الشهيدين قد ثبتا على شهادتهما بما كان يدعي عند القاضي من ذلك ، وشهد[١٨٢] له أيضاً شاهد جائز الشهادة آخر أن فلاناً المتصدق عليه كان يقلل عندها الذي سألها من الصدقة ، ويزعم لها عند سؤاله إياها أنه يسير حقير لو عرفته ، ثم ادعى المتصدق عليه أنها كانت صدقة منها عليه في صحة من بدنها ، وجواز من[١٨٣] أمرها بعد ما عرفت الثلث الذي تصدقت به عليه، وموضع الفدادين[١٨٤] ، وما في ذلك الثلث من شجر ، أو حجر ، أو منتفع ، قليل أو كثير ؛ وانه سكن معها في الصدقة عامين ، وكانت الصدقة فيما زعم بعد أن قضي لها بالمنزل بسنتين أو نحو ذلك ؛ قلت فهل ترى صدقته ثابتة له عليها ـ والمرأة قد بلغت مبلغ من يجوز عليها أمرها من النساء ؛ فقال لي ابن وهب، أرى الصدقة لها لازمة ، وعليها جائزة بالذي ثبت عليها أنها تصدقت بذلك بعد معرفتها بما تصدقت به ، قال فأما إن كانت معروفة بالجهالة بذلك المنزل ، فخدعت عما تصدقت به[١٨٥] وثبت لها أنه قلل[١٨٦] لها وحقره[١٨٧] عندها وهي بذلك غير عالمة بالذي

---

(١٨١) كلمة (عنده) ساقطة في ق ٣ .

(١٨٢) في الأصل (ويشهد) .

(١٨٣) كلمة (من) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٨٤) في ق ٢ زيادة (وطولها وعرضها) .

(١٨٥) كلمة (به) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٨٦) في الأصل (قال) .

(١٨٧) في ص ق ٣ (وخفي) ، وفي ق ٢ (وعقد) . والصواب ما أثبته ، وسيأتي التصريح بذلك عند المؤلف .

قضي لها به ، ولا جائزة[١٨٨] بالذي طلب إليها فيه ، فأرى الصدقة على مثل هذا غير جائزة ، قال وسألته عن الجعل في الخصومة فلم يره جائزاً . قلت فإن وقع ، قال يعطى أجر مثله في شخوصه - قضي له أو لم يقض[١٨٩] بشيء ؛ وقال[١٩٠] وسألت ابن القاسم عن صدر هذه المسألة على مثل ما سألت عنه ابن وهب ، فقال أرى أن[١٩١] الصدقة جائزة[١٩٢] بعد أن يحلف المتصدق عليه بالله ما كان الذي تصدقت به[١٩٣] عليه أمراً قاطعته به قبل الخصومة ، وما الذي احدثته من الصدقة أمراً كان أصله على المجاعلة في الخصومة التي قام بها ، وما هو إلا شيء طاعت له به لما قضي لها به على يديه ، فتصدقت بذلك عليه شكراً ومكافأة ؛ فان حلف على ذلك ، جازت له الصدقة للذي[١٩٤] ثبت[١٩٥] عليها من عمله[١٩٦] ، بما[١٩٧] تصدقت به عليه ، ومعرفتها به وبحدوده ؛ وذلك أنا نرى أن رجلاً لو سأل رجلاً يقوم له في خصومة ويكافئه عليها ، لكان الذي فعله لا يصلح ، ولو قام بالخصومة على تلك العدة ، لكان وجه الصواب في ذلك أن يعطيَ أجر مثله ؛ قال ولو أعطاه داراً ، أو عبداً ، أو ارضاً -

---

(١٨٨) في ق ٢ (خابرة) .

(١٨٩) في ق ٢ (يقضي له) - بزيادة (له) .

(١٩٠) في ق ٢ (قال) .

(١٩١) كلمة (إن) ساقطة في ق٢ ، ق ٣ .

(١٩٢) في ق ٢ (ثابتة جائزة) - بزيادة ثابتة .

(١٩٣) كلمة (به) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٩٤) في ص ق ٣ (الذي) .

(١٩٥) في الأصل (يثبت) .

(١٩٦) في ق ٢ ق ٣ (عملها) .

(١٩٧) في الأصل (إنما) .

مكافأة له ، ففات ذلك وقبضه ، لجاز ذلك - ولم يكن للمعطي ان يتعقبه فيه بأمر ينتزع به منه الذي تطوع له به وكافأه به من غير سلطان ألزمه إياه ؛ لأنه انما أعطاه ذلك للذي كان يلزمه له من أجر مثله - فيما قام له به من الخصومة ، وشخص له فيه ؛ فأرى أنه إن كانت[١٩٨] عطيتها إياه على غير مقاطعة سميت له في أصل الجعل ، أو صدقة منها ، فهي حلال في الأمرين جميعاً - العطية له جائزة ، والصدقة كذلك ، قال فإن كانت جاعلته على ثلث ذلك المنزل عند ابتداء الخصومة ، فذلك موضوع عنها ، وله أجر مثله ؛ وذلك ان مالكاً قال لا يحل الجعل في الخصومة على إن فلج فله جعله ، وان لم يفلج فلا شيء له ؛ ومن عمل في هذا فله أجر مثله . قلت فما وجه ما تجوز به الاجارَة في الخصومة ؟ قال لا أرى به بأسا مشاهرة - إذا عرف وجه الشخوص فيها شهراً بشهر ، فلا أرى أيضاً بأساً أن يقاطع إذا كان الذي يخاصم فيه شيئاً[١٩٩] معروف القدر ، خفيف الخطر ، ووجه الشخوص فيه لا يكاد يختلف فيه .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة في سماع سحنون من كتاب الجعل والإجارَة ملخصة محذوفة ، وبعض الفاظها مخالفة لما وقع فيها ههنا ، من ذلك أنه قال فيها هناك[٢٠٠] أنه ادعى انها صدقة وأقام البينة على صدقته - وهم مقرون بها ، غير انهم قالوا انما فعلنا[٢٠١] لأنّا ظننا أن ذلك يلزمنا ، وإنما قاموا عليه بعد سنين والمعنى فيها ، أن الرجل خاصم في القرية

---

(١٩٨) في ص ق ٣ (كان) .

(١٩٩) ثبت في سائر النسخ (شيء) - هكذا بالرفع ، وهو تصحيف ظاهر ، ويأتي للمؤلف على وجه الصواب .

(٢٠٠) في الأصل (هذا) .

(٢٠١) في ق ٢ (لأننا) .

لأربابها ، فلما استحقها لهم تصدقوا عليه بثلثها ، فقبض الثلث وحازه ؛ ثم انهم قاموا عليه بعد سنين فقالوا إنا كنا جاعلناك على الخصام في القرية بثلثها الذي دفعناه اليك وذلك لا يجوز لك(٢٠٢) لأنه جعل فاسد لا يجوز ، وأقاموا(٢٠٣) البينة على اقراره بأنه أخذه على جعله بما شهد به عليه(٢٠٤) الشاهدان بأنه كان يدعي ذلك عند القاضي ؛ وقال هو إنما اخذته بالصدقة ، وأقام البينة على الصدقة ، فأقروا(٢٠٥) ، وقالوا إنما تصدقنا عليك به ، لأنّا ظننا أن ذلك يلزمنا بالجعل الذي شارطتنا عليه ، فرأى ابن وهب الصدقة لها لازمة وعليها جائزة ، قال : فالذي ثبت عليها أنها تصدقت بذلك بعد معرفتها بما تصدقت به ، وليس في السؤال ثبوت الصدقة عليها ، وإنما وقع ذلك في سماع سحنون من كتاب الجعل والاجارَة ، غير أن فيه إقرارها بها ودعواها الجهل بمقدارها ، وذلك كثبوت ذلك عليها ، ولا فيه أيضاً ثبوت معرفتها بقدر الصدقة ، غير أن فيه أنها سكنت في المنزل مع المخاصم لها فيه سنة بعد أن قضى لها به قبل الصدقة ، وذلك يقتضي معرفتها بمقدار ذلك ؛ قال ولو كانت جاهلة بمقدار ما تصدقت،وثبت أنه قلل لها ذلك وحقره عندها لما لزمتها الصدقة ورأى ابن القاسم أيضاً الصدقة لها لازمة ولم يعذرها بالجهالة،ولا رأى ما ثبت عليه هو من ادعائه انه اخذه على جعله ضائراً له ، لأن بإزائه إقرارها له بالصدقة التي ادعى واستظهر عليه باليمين على انه لم يقطعها بالثلث قبل الخصومة ، وإنما طاعت له (٢٠٦) به بعدها شكراً ومكافأة عليها من أجل ما تضمنه السؤال من أنه شهد عليه انه ادعى عند القاضي أنها جاعلته (على ذلك ، وفي قوله في آخر جوابه قال : فإن كانت جاعلته)(٢٠٧) على ثلث ذلك

---

(٢٠٢) كلمة (لك) ساقطة في ق ٢ .

(٢٠٣) في الأصل (وذلك أقاموا) ـ بزيادة (وذلك) .

(٢٠٤) في ق ٢ (غليه به) .

(٢٠٥) في ق ٢ (فاقروا بها) ـ بزيادة (بها) .

(٢٠٦) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(٢٠٧) ما بين القوسين ساقط في ص ق ٣ ، والمعنى يقتضيه .

المنزل عند ابتداء الخصومة ، فذلك موضوع عنها ، وله اجر مثله ؛ وذلك أن مالكاً قال لا يحل الجعل في الخصومة علي ان فلج فله جعله ، وان لم يفلج فلا شيء له ؛ ومن عمل في هذا فله أجر مثله ؛ ـ دليل على ان ذلك جائز عنده[٢٠٨] على القول بان الجعل جائز في الخصومة ، على[٢٠٩] أنه ان فلج فله جعله ، وان لم يفلج فلا شيء له ؛ خلاف قوله في رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيىٰ من كتاب الجعل والإجارَة في الذي يقول للرجل قم لي بطلب شفعتي ـ ولك ان استحققتها نصف سهمي ونصف ما تأخذ لي بالشفعة ؛ أن ذلك لا يجوز وان كان الجعل حلالاً ، لأنه جعل فيه ما لم يملكه بعد ، وبينا هناك أن ذلك ينبغي[٢١٠] أن يكون جائزاً[٢١١] على القول بان الجعل في الخصومة جائز على انه ان فلج فله جعله ، وان لم يفلج فلا شيء له بياناً شافياً ، فلا معنى لاعادته ، وهو ظاهر قوله ههنـا . وقد اختلف قول مالك في الجعل في الخصومة على انه ان فلج فله جعله ، وان لم يفلج فلا شيء له ، وقع اختلاف قوله في ذلك في آخر كتاب الجعل والاجارَة من المدونة (واختلف في ذلك قول أبي القاسم أيضاً،روى عنه يحيىٰ في أول رسم)[٢١٢] من سماع يحيىٰ من كتاب البضائع والوكالات ، اجازة ذلك ، خلاف قوله في هذه الرواية، والأظهر اجازة ذلك ، لأن الجعل على المجهول جائز وانما كرها ذلك على أحد قوليهما إذا كثر الجهل فيه ـ استحساناً ، وأما إذا قل الجهل فيه وكان الذي يخاصم فيه شيئاً[٢١٣] معروف العدد[٢١٤] ، خفيف

---

(٢٠٨) في ق ٢ (عنده جائز) .

(٢٠٩) في الأصل (جائز على) ـ بزيادة (جائز) ، ولعلها زيادة من الناسخ .

(٢١٠) في الأصل (يقتضي) .

(٢١١) في الأصل (أن ذلك جائز) .

(٢١٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل ، والمعنى يقتضيه .

(٢١٣) هكذا في ق ٢ ، ق ٣ ، جاء على الصواب (شيئاً) وفي الأصل (شيء) وهو تحريف .

(٢١٤) في ص ق ٣ (العدد) .

الخطب ، وجه الشخوص فيه لا يكاد يختلف ؛ فذلك جائز قولاً واحداً ـ كما قال في هذه الرواية ؛ وقوله ان الوجه في الاجارَة في الخصومة إذا عرف وجه الشخوص فيها ، أن تكون مشاهرة شهراً بشهر ، معناه ان يستأجره شهراً على الخصام بأجر معلوم ، فإن فلج أو فلج عليه قبل تمام الشهر ، كان له من إجارته بحساب ما مضى من الشهر ، وان انقضى الشهر ولم يفلج فاستأجره على التمادي على الخصام شهراً آخر (أيضاً)[٢١٥] فان فلج قبل تمام الشهر ، كان له من اجارته بحساب ما مضى من الشهر ، كالذي يستأجر الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً ، فان باع قبل تمام الشهر ، كان له من إجارته بحساب ما مضى منه ؛ وإن انقضى ولم يبع شيئاً استوجب جميع اجرته[٢١٦] ؛ وكذلك قال مالك في كتاب ابن المواز إنما تجوز الإجارة في الخصومة بأجر معلوم ، وأمد معلوم ، يكون ذلك له ظفر أو لم يظفر ؛ قال ابن القاسم ثم ليس له ترك ذلك حتى يستخرجه؛ قال اصبغ كالاجارة على بيع السلعة وان لم يتم وقتاً إذا كان لذلك وقت قد عرفه الناس ، والأجل على كل حال أحسن ، وقول أصبغ صحيح على ما قالوا في الشيء الذي يباع من جاعل[٢١٧] ان الاجارة على بيعه جائز دون ضرب الأجل ، لأن العناء في بيعه معروف ، فهو أجل معلوم ، وباللّه التوفيق .

(ومن كتاب أوله : أول عبد ابتاعه ، فهو حر)[٢١٨]

مسـألة

قال وسألته عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير برقيق ثم

---

(٢١٥) كلمة (أيضاً) ساقطة في الأصل .

(٢١٦) في ق ٢ (أجره) .

(٢١٧) في ق ٢ ، ق ٣ (عاجل) .

(٢١٨) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

يموت فيترك الورثة تلك[٢١٩] الرقيق في يد المتصدق عليه نحواً من ثماني عشرة سنة، ثم يريدون اقتسام تلك الرقيق ويقولون إنما تركناها في يدك على حال ارفاقك بخدمتها ، فإذا زعمت انك حبستها بأنها عليك صدقة ، فهات على دَعواك[٢٢٠] بالبينة ؛ فيقول قد طال ترككم إياها عندي معرفة منكم بحقي، ولو سألتموني البينة على الصدقة بحداثة موت أبي وَجَدْتُها ، وقد ماتوا اليوم أو نسوا،وفي ترككم إياها في يدي إقرار منكم بمعرفة صدقي،ولعله قد كان يعتق ويتصدق ويبيع . قال ابن القاسم : ان جاء بالبينة على أهل الصدقة فالأب عليه حائز مع قبضه للرقيق بعد أبيه وترك الورثة ذلك في يدي لا يكلفونه حوزاً ، ولا يسألونه إياه ، وإن لم تكن له بينة على أصل الصدقة ، وإنما أراد أن يوجب لنفسه دعواه بترك الورثة اقتسام الرقيق ، فلا حق له فيها إلا مورثه منها ، إلا أن يكون إذ حازها بالقبض لها ، كأن يعتق ويبيع ويصنع ما يصنع المرء فيما خلص له من الأموال ، فإن كان كذلك مع حضور الورثة وعلمهم بفعله ، فهو أحق بالرقيق من جميع الورثة ، قال وان كان إنما اعتق رأساً من عدة رقيق ، أو تصدق بيسير من كثير ، فإن ذلك لا يوجب له الصدقة التي ادعى لا فيما أحدث فيه ، ولا فيما بقي من الرقيق ؛ غير أنه إن كان أعتق ، قوم عليه ؛ وان كان باع ، غرم أنصباء أشراكه من الثمن لحضورهم[٢٢١] وعلمهم بالبيع ؛ قال وان كان الذي أحدث فيه من العتاقة والبيع والصدقة وما أشبه ذلك في جل الرقيق وأكثرها ، فالذي

(٢١٩) يطلق الرقيق على الواحد والجمع ، يقال عبد رقيق ، وعبيد رقيق ، ويجمع أيضاً على أرقاء .

(٢٢٠) في الأصل (دعوتك) .

(٢٢١) في ق ٢ (بحضورهم) ـ بالباء .

بقي من الرقيق تبع لما أحدث فيه[٢٢٢] يستحق ما بقي بما ادعى من الصدقة لحوزه ذلك ، وقبضه دون إخوته .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يستحق الابن المتصدق عليه الرقيق بطول مكثها في يديه إذا لم تكن له بينة على أصل الصدقة ، صحيح لا اختلاف (في)[٢٢٣] أنه لا حيازة بين الأقارب الشركاء بالميراث وغير[٢٢٤] الشركاء بالسكنى والازدراع فيما يسكن ويزدرع ، أو بالاستخدام واللباس فيما يستخدم ويلبس - وان طالت المدة ، إلا ما تناوله بعض الناس على ما في المدونة في قوله : وهذا من وجه الحيازة التي أخبرتك من أنه لا يجوز على مذهبه في المدونة في الحيازة بين الأقارب والأجنبيين - وهو بعيد ، وكذلك قوله إلا أن يكون إذ[٢٢٥] حازها بالقبض لها ، كأن يعتق ويبيع ويصنع ما يصنع المرء فيما خلص له من الأموال ، فإن كان كذلك مع حضور الورثة وعلمهم بفعله ، فهو أحق بالرقيق من جميع الورثة ؛ صحيح أيضاً لا اختلاف في أن التفويت بهذه الأشياء من البيع والعتق والهبة والصدقة والكتابة والتدبير والوطء ، حيازة بين الأقارب الشركاء بالميراث وغيرهم إذا كانوا حضوراً ، ويفترق الحكم بين أن يحضروا التفويت ، أو يعلموا به - وهم في البلد حضور ، حسبما قد[٢٢٦] مضى بيانه في رسم يسلف[٢٢٧] من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، ويختلف إذا فوت بذلك الوارث أو القريب - اليسير من الجميع ، أو الجل وبقي اليسير : فقيل[٢٢٨] إن القليل تبع للكثير

---

(٢٢٢) في الأصل (ما يستحق) - بزيادة (ما) .

(٢٢٣) كلمة (في) ساقطة في الأصل .

(٢٢٤) في ق ٢ (أو غير) .

(٢٢٥) في الأصل (إذا) .

(٢٢٦) كلمة (قد) ساقطة في ق ٢ .

(٢٢٧) في ق ٢ (سلف) .

(٢٢٨) في ق ٢ (قيل) .

في الوجهين ، وهو قوله في هذه الرواية ، ومثله في رسم الكبش من سماع يحيىٰ من كتاب الاستحقاق ؛ وقيل إنه لا يكون تبعاً له في الوجهين ؛ فإن كان أعتق رأساً من عدة رقيق ، أو باعه أو وهبه ، استحقه بذلك ولم يكن لأشراكه في الميراث عليه في ذلك حق ، لحضورهم وعلمِهم ، وان كان اعتق الجل أو فوت ذلك بالبيع ، أو الهبة ، أو الصدقة ؛ كان لأشراكه في الميراث (حقهم)(٢٢٩) ـ فيما بقي ـ ، وان كان يسيراً ، وسقط حقهم في(٢٣٠) الكثير المتفوت(٢٣١) ـ وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الاستحقاق ؛ وقد قيل إن معنى ما في سماع سحنون إذا كان الذي حازه الوارث بهذه المعاني متناصفاً ، أو متقارباً ، فلذلك قال إنه لا يكون القليل تبعاً للكثير ـ لا فيما حيز ولا فيما لم يحز ، فلا يكون على هذا اختلاف في أن القليل تبع للكثير ، وهو أولى من حمْل ذلك على الخلاف ، إذ لا اختلاف في أنه إذا كان ما حازه الوارث على أشراكه بهذه المعاني متقارباً ، أو متناصفاً ، لا يكون بعض ذلك تبعاً لبعض ، وباللّه التوفيق .

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون وسألت ابن القاسم عن الرجل ينحَل ابنه الدنانير ويضعها على يدي رجل، ثم يصوغها له حلياً، أو كانت آنِيَة، ثم أراد اعتصارها ؛ قال ليس ذلك له ، لأنه قد تغير عن حاله ، وإنما ذلك بمنزلة أن لو اشترى له جارية أو غير ذلك ثم اراد اعتصارها ، لم يمكن من ذلك ، قال سحنون : وقال ابن وهب عن مالك في الدنانير

(٢٢٩) كلمة (حقهم) ساقطة في الأصل .
(٢٣٠) في الأصل (وفي) .
(٢٣١) في الأصل (التفوت) .

والدراهم التي صيغت حلياً مثل قول ابن القاسم .

قال محمد بن رشد : قوله أو كانت آنية[٢٣٢] ـ يريد آنية فصاغها ، فقوله في الدنانير والآنية إذا وهب ذلك لابنه ثم صاغه له حلياً ، أنه لا اعتصار له في ذلك ، لأنه قد تغير عن حاله ؛ تعليل صحيح ، وهي علة متفق عليها إن كان صاغها[٢٣٣] بمال الولد ، وأمّا إن كان صاغها له بماله ، أو اخرج اجرة صياغتها منها ، فيجرى ذلك على الاختلاف في الهبة تتغير في بدَنها بنقصان أو نماء، من غير أن تنمو بنفقة الابن ، لأنها إذا نمت بنفقة الابن ، فلا اختلاف في أنه لا اعتصار للاب فيها ، مثل أن يكون صغيراً فينفق عليه حتى يكبر ، أو هزيلاً فينفق عليه حتى يسمن ، أو داراً فيصلحها ببنيان وما أشبه ذلك ؛ فظاهر قوله في هذه الرواية ان تغير الهبة في بدَنها بأي وجه كان من زيادة أو نقصان ، يفيت فيها الاعتصار ، وهو ظاهر قول مالك في المدونة ما لم يحدثوا ديناً ، أو ينكحوا ، أو تتغير عن حالها ؛ وهو قول أصبغ في الواضحة ، خلاف قول مطرف ، وابن الماجشون ـ أن تغير الهبة في بدَنها بالزيادة والنقصان ، لا يُفيت فيها الاعتصار ، وأما تشبيهه صياغة الدنانير له بابتياعه له بها الجارية ، فليس ببين ، لان الدنانير التي وهب له قد صارت لبائع الجارية ، والجارية ليست عَين ما وهب ؛ وأما الحلي فهو عين ما وهب من الدنانير أو الآنية ، وفي المدنية[٢٣٤] قال سمعت مالكاً يقول الأب يعتصر من ابنه الجارية ينحله إياها ـ وان ولدت عند الابن ، وكذلك الحيوان[٢٣٥] ، ولم يبين ان كان ولد الجارية من زوج أو زنى ، والظاهر أن ذلك عنده سواء ، إذ لو افترق الأمر عنده لبينه ، ولا بين أيضاً ان كان يعتصرها بولدها ، أو دون الولد ؛ فإن اعتصرها

---

(٢٣٢) في ق ٢ (أو كانت آنية) ـ بزيادة (أو كانت) .

(٢٣٣) في ق ٢ (صاغها له) ـ بزيادة (له) .

(٢٣٤) في ق ٢ (المدونة) .

(٢٣٥) في ق ٢ (الحيوان كله) ـ بزيادة (كله) .

والولد من زوج، بقيت الزوجية بينهما، لأنها عيب، والعيب لا يفيت الاعتصار في أحد الأقوال ، وهذا الظاهر من مذهبه ، والأظهر أن يأخذها دون ولدها ، لأن الولد نماء حدث بماله ، لأنه هو المنفق عليها وعليه[٢٣٦] أو[٢٣٧] الزوج - على الاختلاف في ذلك .

مسـألة

قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل ، أن لسيده أن يأخذ ذلك وان أبى الذي تصدق به[٢٣٨] إذا قال انما اردت العبد ، أما إذا لم يقبل فلا أعطيك .

قال محمد بن رشد : هذا[٢٣٩] كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه - احفظه ، لان العبد لو قبل الصدقة ، كان لسيده ان ينتزعها منه ، فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم إذا قال الرجل : غلة حائطي لابني الصغير - وله ولد كبير - وخمسة أوسق منه لفلان ، وكان الحائط في يديه يقوم عليه ويليه ، ويخرج الخمسة الأوسق للأجنبي ثم يموت ؛ قال أراها صدقة جائزة[٢٤٠] لابنه وللأجنبي ؛ وإذا قال غلة الحائط لفلان وللمساكين وكان في يديه - يخرج الغلة للمساكين ولفلان ، ثم يموت وهي في يَديه ، لم يجز للمساكين ولا لفلان ، وهو خلاف الأول .

---

(٢٣٦) في ق ٢ (عليه وعليها) .

(٢٣٧) في الأصل (والزوج) .

(٢٣٨) في ق ٢ (بها) .

(٢٣٩) في الأصل (هو) .

(٢٤٠) في الأصل (جارية) .

قال الإمام القاضي : هذا بين على ما قاله من أن[٢٤١] المسألتين مفترقتان ، لأن العطية لا تصح إلا بالحيازة في صحة المعطي ، وهو يحوز لابنه الصغير ، فإذا قال غلة حائطي لابني الصغير ، فله ثمرته ما عاش ، وهو حبس عليه يحوزه له ؛ وما استثناه منه لولده الكبير ، وللأجـنبي[٢٤٢] ، فكأنه قد استثناه لنفسه فيجوز ذلك إن كانت الخمسة الأوسق ثلث غلة الحائط بعد نفقته ، أو أقل ؛ وأما ان كانت الخمسةالأوسقاكثر من ثلث غلة الحائط ، فلا يجوز ذلك ، وبطـل[٢٤٣] ان لم يخرج الحائط من يديه حتى توفي[٢٤٤] ، لان من حبس على صغير وكبير فلم يحز الكبير ، بطل نصيب الصغير ؛ ولا اختلاف في هذا ، وانما يختلف في الهبة والصدقة حسبما مضى القول فيه في رسم الحج والزكاة من سماع أشهب من[٢٤٥] هذا الكـتاب ، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس ، وقد بيّن في هذه المسألة أنه جعل له غلة الحائط حياته بقوله فكان الحائط في يديه يقوم عليه ويليه ، ويخرج الخمسة الأوسق منه[٢٤٦] للأجنبي ؛ وأما من قال غلة حائطي لفلان ولم يقل حياته ، فان كان في وقت غلة الحائط ، فليس له إلا غلة ذلك العام ، بمنزلة من قال ثمر حائطي لفلان وفيه يومئذ ثمر ، حسبما مضى في نوازل سحنون من كتاب الحبس .

مسـألة

وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل بالشيء ـ

---

(٢٤١) في الأصل (في المسألتين) ، وفي ق ٣ (في أن المسألتين) .

(٢٤٢) في ص ق ٣ (أو الأجنبي) .

(٢٤٣) في ق ٢ (ويبطل) .

(٢٤٤) في ص ق ٣ (يوفي) .

(٢٤٥) في الأصل (في) .

(٢٤٦) كلمة (منه) في الأصل .

ويقول إن أردت بيعه، فأنا أحق به بالثمن[٢٤٧] ؛ قال ليس هذه الصدقة بشيء ؛ قلت له فإن طال مكثها في يدي صاحبها ثم أراد أن يقوم عليه ، فيأخذ ذلك الشيء ؛ قال سحنون وذكر ابن وهب عن مالك أنه لا بأس بها ، لأنه ليس ببيع .

قال محمد بن رشد : قوله ليست هذه الصدقة بشيء ، - يريد فيكون الحكم فيها أن تبطل ، إلا أن يرضى الواهب بإمضاء الهبة واسقاط الشرط ؛ وفي هذه المسألة اربعة أقوال ، قد مضى تحصيلها في رسم إن خرجت من سماع عيسى ، أحدها قول ابن القاسم هذا : ان الصدقة باطل ، والثاني أن الصدقة جائزة والشرط لازم له ولورثته - ان أرادوا البيع ؛ وقع هذا القول في المختصر لابن عبد الحكم . وهو قول مالك في رواية ابن وهب - هذه أنه لا بأس بها ، لانه ليس ببيع ؛ وقد مضى الكلام في البيع والإقالة على هذا الشرط[٢٤٨] في أول سماع أشهب من كتاب جامع البيوع ، وفي سماع محمد بن خالد منه ، ولم يقع لابن القاسم في هذه الرواية جواب فيما سأله عنه من قوله ، قلت (له)[٢٤٩] فإن طال مكثها في يدي صاحبها ، ثم أراد أن يقوم عليه فيأخذ ذلك الشيء ، لأنه أضرب عن ذلك وسكت عنه ؛ فذكر سحنون متصلاً بذلك رواية ابن وهب عن مالك ، والجواب في ذلك عند ابن القاسم على مذهبه في أن الصدقة ليست بشيء ، وأنها باطل ، - أن لهُ أن يأخذ صدقته - وإن طال مكثها في يدي المتصدق عليه بعد قبضه لها ، وبالله التوفيق .

---

(٢٤٧) كلمة (بالثمن) ساقطة في ق ٢ ، ق ٣ .

(٢٤٨) جملة (على هذا الشرط) ساقطة في الأصل .

(٢٤٩) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(من مسائل نوازل سئل عنها سحنون)[٢٥٠]

وسئل سحنون عن رجل تصدق على أخيه بنصف ماله وهو مريض ليس مدنفاً من[٢٥١] مرضه طويلاً دام به سنين يخرج في حوائجه ويقضيها ، فقبض أخوه الصدقة وحازها سنين ثم إن الأخ المريض مات ، فقام عليه ورثة المتصدق ، فقالوا للمتصدق عليه إن هذا لا يجوز لك ، لأنه تصدق عليك في المرض ، فلا يجوز لك إلا الثلث ، وقد سألنا عن ذلك الفقهاء فقالوا لنا إنه لا يجوز لك إلا الثلث ، فدفع إليهم المتصدق عليه ما زاد على الثلث ؛ ثم علم ان الصدقة كلها جائزة ؛ فقال سحنون له : ومن يعلم أنك كنت جاهلاً لا تعلم أن الصدقة لك كلها ، أنت تدفع إليه مالك وتبيعه له بعدما قد حزته وملكته ؛ ثم قمت الآن تدَّعي الجهالة ، ما أرى لك[٢٥٢] فيما دفعت إليه حقاً ؛ فقال له السائل أنا أقيم البينة أنه قد قال ان هذه الصدقة لا يجوز لك منها إلا الثلث ، وقد سألت عن ذلك الفقهاء وأخبروني بذلك ، فقال له إن أقمت[٢٥٣] البينة على هذا ، فأرى لك أن ترجع عليه بما أخذ منك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال ، قد مضى تحصيلها في رسم أوصى من سماع عيسى ، فلا معنى لإعادته .

---

(٢٥٠) جملة (من مسائل . . . سحنون) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٥١) كلمة (من) ساقطة في ق ٢ .

(٢٥٢) في الأصل (أراك) .

(٢٥٣) في ق ٢ (أما إن أقمت) ـ بزيادة (أما) .

مســألة

قيل لسحنون : أرأيت لو أن رجلاً تصدق على رجل بعبد على ألا يبيعه ولا يهبـه سنة ، ثم هو له من بعد السنة بتلٌ يصنع به ما شاء ؛ فقال أراه جائزاً ، وله ان يبيعه ويصنع به ما شاء الساعة .

قال محمد بن رشد : قول سحنون في هذه المسألة أن الصدقة جـائزة والشـرط باطـل ، خلاف قـوله في رسم إن خـرجت من سماع (عيسى)(٢٥٤) فـي الذي يتصدق على رجل بصدقة على ألَّا يبيع ولا يهب ، أنها حبس ، والذي يأتي في هذه المسألة على قوله في تلك ، أن يكون حكمه حكم من أخدَم رجلاً عبده سنة ، ثم هو له بعد السنة ، فيخدمه في هذه السنة على ملك المتصدق به ، ثم يكون له بعد السنة بتلا ؛ فتكون الجناية إن جنى عليه في هذه السنة لصاحبها الذي تصدق به ، ويتخرج في المسألة أيضاً ثلاثة أقوال سوى هذين القولين ، أحدها أن الصدقة جائزة والشرط لازم ، فيخدُمه في هذه السنة على ملك نفسه ، فإن جنى عليه كانت له جنايته ، والثاني أن الهبة باطل ، إلا أن يبطل سيده الشرط ويمضي الصدقة ؛ فإن مات السيد قبل أن يمضي الصدقة بطلت ، وكذلك إن انقضت السنة قبل أن يمضيها ، والثالث أن المتصدق يخير بين أن يبطل الشرط ويمضي الصدقة أو يردها ، فان مات قبل السنة نزل ورثته في التخيير في ذلك منزلته ، وان انقضت السنة مضت الصدقة ولم يكن له ولا لورثته في ردها خيار ، وقد مضى ما يدل على ما ذكرناه في آخر سماع (سحنون)(٢٥٥) قبل هذا ، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى ، لأن الوجه في ذلك متقارب في المعنى ، وباللّه التوفيق .

---

(٢٥٤) كلمة (عيسى) ساقطة في سائر الأصول ، وسيأتي التصريح بها ـ عند المؤلف .

(٢٥٥) كلمة (سحنون) ساقطة في الأصل .

مسـألة

قال سحنون إذا وهب الرجل لابنه هبة يريد بها الصلة ، فإنه لا يجوز له اعتصارها منه ، كان الابن صغيراً في حجره ، أو كبيراً بائناً منه ؛ والهبة للصلة مثل الصدقة، ولا يجوز له اعتصارها ، وذلك أن تكون ابنته الكبيرة او ابنه الكبير يكون ضعيفاً يخاف[٢٥٦] عليهما الخصاصة فيصلهما نظراً منه لهما ، وكذلك إذا وهب لصغير نظراً منه له ، لما يخاف عليه من الخصاصة ؛ وإنما يعتصر الأب هبته وعطيته من الابن إذا كان الابن في حجره وله مال كثير ، أو البائن منه وله مال كثير ، وليس يريد بذلك صلته ، فذلك الذي يعتصره .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأن الصدقة لا تعتصر ، لقول النبي ـ عليه السلام ـ العائد في صدقته ، كالكلب يعود في قيئه. وقوله لعمر ابن الخطاب في الفرس الذي كان حمل عليه في سبيل اللّه : لا تشتره وان اعطاكه بدرهم ، فان العائد في صدقته ، كالكلب يعود في قيئه . والهبة على سبيل الصدقة لمن كان قليل ذات اليد ـ مخافة الخصاصة[٢٥٧] . كالصدقة ، فلها حكم الصدقة في أنها لا تعتصر ـ وإن سماها هبة ، وإنما أجيز للأب فيما تصدق به على ابنه أن يكتسي من صوف الغنم ، ويشرب من ألبانها ، ويأكل من لحومها ـ إذا تصدق بها عليه ، وأن يأكل من ثمر النخل إذا تصدق بها عليه ـ حسبما مضى في رسم نذر من سماع ابن القاسم ، وأجاز في رسم سلعة سماها منه للاب ـ أن يشتري ما تصدق به على ابنه ، وذلك كله بخلاف الأجنبي للشبهة التي له في مال ابنه ، لقوله ـ عليه السلام ـ : انت ومالك لأبيك ، وقد مضى هناك تحصيل القول فيما يجوز للأب والأجنبي فيما تصدقا

---

(٢٥٦) في ق ٢ (ويخاف) .

(٢٥٧) في ق ٢ (الخصاصة عليه) ـ بزيادة (عليه) .

به من الرجوع في الأصل أو الغلة بشراء أو عطية من المتصدق عليه أو من غيره مستوفى ، فلا معنى لإعادته ، وباللَّه التوفيق .

مسـألة

قال ابن الماجشون كل من وهب لولده هبة للَّه أولوجه اللَّه ، أو لطلب الأجر والثواب من اللَّه ، أو لصلة قرابة أو رحم ، لا يعتصرها أبداً ، وإنما تجوز العصرة إذا وهب أو نحل نحلة مرسلة لم يقل لصلة رحم ، ولا لوجه اللَّه ، ولا على وجه طلب الأجر من اللَّه ، فإن هذا يعتصر ، قال أصبغ مثله .

قال محمد بن رشد : قول ابن الماجشون هذا مثل ظاهر قول عمر ابن الخطاب في المدونة[٢٥٨] من وهب هبة لصلة رحم ، أو على وجه الصدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ونحوه في مختصر ابن عبد الحكم ! وقال مطرف إذا وهب لولده على وجه الصلة ، أو لوجه اللَّه ، كان له ان يعتصرها أبداً - حتى يسميها صدقة ، فإذا سماها صدقة لم يجز له أن يعتصرها ، والقول الأول أظهر ؛ لأن الشيء الموهوب قد خرج عن ملك الواهب بالهبة ، فلا يكون له الاعتصار إلا بيقين ، وهو ان لا يقول للَّه ، أو لوجه اللَّه ، أو لطلب الأجر والثواب من اللَّه ؛ لأنه إذا قال ذلك ، احتمل ان يريد به[٢٥٩] الصدقة ، لأن الأصل في الصدقات ما كان القصد به وجه اللّه عز وجل ، وابتغاء الثواب من عنده ، لا عين المتصدق عليه ؛ والهبة ما كان القصد به عين الموهوب له مع ارادة الثواب على ذلك[٢٦٠] من اللّه عز وجل ؛ فإذا قال في هبته للّه ، أو لوجه اللّه ، دل على أن ذلك هو قصده بهبته لا عين الموهوب

(٢٥٨) انظر م ٦ ج ١٥/ ٩٥ - ٩٦ .

(٢٥٩) في الأصل (بذلك) .

(٢٦٠) جملة (على ذلك) ساقطة في الأصل .

له ، فكانت في معنى الصدقة ؛ ووجه قول مطرف أن الهبة وان كان يقصد بها عين الموهوب له ، فالثواب مبتغى فيها أيضاً ، فلا تخرج الهبة عن حكمها في الاعتصار إلى حكم الصدقة بقوله فيها لوجه اللّه حتى يسميها صدقة ، وباللّه التوفيق .

مسألة

قال سحنون في امرأة تصدقت في صحتها بأكثر من ثلثها، فلم يعلم الزوج بصدقتها حتى ماتت ، ثم علم الزوج بعد الموت فقال : انا ارد ذلك ، لأني ارثه ؛ قال ذلك له أن يرده ؛ فقال[٢٦١] له : يرده كله ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في الواضحة لمطرف ، وابن الماجشون ، ولابن القاسم من رواية اصبغ عنه ان ذلك نافذ ، ولا رد للزوج فيه بعد موتها ؛ وهذا الاختلاف على القول[٢٦٢] بان فعلها محمول على الإجازة ، فمن راعى المعنى - وهو انه انما كان للزوج ان يرد فعلها فيما زاد[٢٦٣] على الثلث - ما دامت العصمة بينهما، من أجل ما له من الحق في مالها ؛ قال : إن له أن يرده بعد موتها ، لأن حقه في مالها لا ينقطع بموتها ، بل يجب بوجوب الميراث له فيه ؛ ومن لم يراع المعنى ، قال ليس له أن يرده بعد موتها ، إذ ليست بزوجة له ، لانقطاع العصمة بينهما بموتها ، والقول الأول أظهر ، لأن الأحكام انما هي للمعاني لا للاسماء . واما على القول بان فعلها فيما زاد على الثلث على الرد حتى يجيزه ، فلا يحتاج بعد موتها إلى رده ؛ وقد مضى بقية القول على هذه المسألة وما يتعلق بها من معناها في رسم الكبش من سماع يحيىٰ ، فلا معنى لإعادته .

---

(٢٦١) في ق ٢ (فقيل).

(٢٦٢) في ق ٣ (هذا القول) - بزيادة (هذا) .

(٢٦٣) في ق ٢ ، ق ٣ (زادت) .

مســألة

قال سحنون : وسألت ابن القاسم عن الرجل يستودع الرجل الوديعة ثم يتصدق بها على رجل يقول : اشهدوا أني (قد)[٢٦٤] تصدقت بالوديعة التي عند فلان على فلان ، ولا يكون منه أكثر من ذلك ، ولم يأمره بأن يقبض له ، ثم مات ؛ قال : إن علم المستودع انه تصدق بذلك ، فأراها للمتصدق عليه ؛ وإن لم يعلم ، فلا أرى للمتصدق عليه شيئاً[٢٦٥] ؛ قلت : من أي وجه ؟ قال : من قبل أنه إذا علم أنه تصدق بما في يديه على رجل ، فقد[٢٦٦] صار قابضاً للمتصدق عليه حتى لو اراد صاحب الوديعة أخذها ، لكان ينبغي للمستودع أن يدفعها إليه ، فان دفعها ضمنها .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة متكررة في سماع سحنون من كتاب الوديعة ، وقد مضى الكلام عليها هناك مستوفى ، ومضى أيضاً طرف منه في رسم العشور من سماع عيسى من هذا الكتاب ، فلا معنى لإعادة ذلك .

مسألــة

وسئل سحنون عن رجل مرض فتصدق على امرأته بمائة دينار في مرضه ، فقبضتها وحازتها ، ثم إن المرأة مرضت فتوفيت قبل زوجها ؛ فهل ترى لها الصدقة جائزة أو لا ، والثلث واسع ؟ قال : إن حملها الثلث فهي جائزة لورثة المرأة ، ويقضي منها دينها ـ إن كان عليها دين .

---

(٢٦٤) كلمة (قد) ساقطة في الأصل .

(٢٦٥) في ص ق٣ (شيء) ـ بالرفع ـ وهو تصحيف .

(٢٦٦) في الأصل (وقد) .

قال محمد بن رشد : مثل هذا من قول ابن القاسم في آخر رسم الجواب من سماع عيسى : إن ذلك يكون لورثتها من ثلثه بعد موته وإن لم تقبضها في حياته فعلى هذا لم يحكم لها بحكم الوصية ، وقد قيل إنها يحكم لها بحكم الوصية ، فيختلف من هذه المسألة على هذين القولين في خمسة مواضع قد ذكرناها في رسم الجواب المذكور ، فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وسئل سحنون عن الرجل إذا أعطى رجلاً غلة كرمه يستغلها ، او سكنى داره ، ثم تـصدّق(٢٦٧) به على ابن له صغير ، فقلتم إنه إذا كان ذلك الشيء في يد(٢٦٨) المسكن ، أو المعطى - يوم تصدق على ابنه بذلك الشيء ؛ إن كون تلك الأشياء في يد المسكن أو الممنوح قبض للمتصدق عليه ، فكيف يكون قبضه قبضاً للمتصدق عليه ؛ أيقول للذي(٢٦٩) منح غـلة الكرم وسكنى الدار : إني قـد قبضت له ، أو قد حزت له ، أو يشهد المتصدق به أن فلاناً الذي في يديه ذلك الشيء قد(٢٧٠) استخلفته على القبض لابني ، وقد قبض ذلك ؛ فقال : ان ذلك لحسن ، وقوة الصدقة أن يشهد بذلك عليه لابنه هو والذي في يديه ؛ وإن لم يشهد بذلك واحد منهما ، ولم يقل شيئاً ، فهي حيازة للمتصدق عليه ، وان أحب ان يمنح الأرض وغلة الكرم(٢٧١) وسكنى الدار ، ثم الصداقة في فور واحد ، أن

---

(٢٦٧) في الأصل (يتصدق) .

(٢٦٨) في الأصل (بيد) .

(٢٦٩) في ق ٢ (الذي) .

(٢٧٠) كلمة (قد) ساقطة في ق ٢ .

(٢٧١) في ق ٢ (الكروم) .

يقول أشهدكم ان سكنى هذه الدار ، وغلة هذا الكرم والأرض لفلان عشر سنين ، فإذا انقضت العشر سنين[٢٧٢] فهي لفلان صدقة ؛ وذلك أن أصحابنا اختلفوا فيها ؛ وان لم يكن الأمر في فور واحد ، جازت الصدقة ، إلا أنه أقوى عندي ان يكون في فور واحد ، لاختلاف أصحابنا فيه .

قال محمد بن رشد: أمّا إذا سكن الدار، أو أخدَم العبد، أو منح الأرض ـ وتصدق بالأصل في فور واحد ، فلا اختلاف في أن قبض المسكن أو[٢٧٣] المخدم أو الممنوح[٢٧٤] قبض للمتصدق عليه بالأصل، لأن المسكن والمخدم والممنوح إنما يرتفقون بما أرفقوا من ذلك على ملك المتصدق عليه ، لا على ملك المتصدق ، اذ قد سقط حقه من جميع ذلك ؛ وأما إذا تقدم الإسكان في الدار والاختدام في العبد ، والمنحة[٢٧٥] في الأرض ، وما أشبه ذلك للصدقة ، فاختلف هل يكون قبض المسكن والمخدم والممنوح قبضاً للمتصدق عليه أم لا ـ على قولين ، أحدهما انه يكون قبضا ـ وهو قوله في المدونة[٢٧٦] . والثاني انه لا يكون قبضاً له ، فما في المدونة على قياس القول بأن المخدَم يختدم العبد من يوم الصدقة على ملك المتصدق عليه لا على ملك المتصدق ؛ وكذلك المسكن والممنوح . والقول الثاني على انه إنما يختدم ويسكن ويستغل على ملك المتصدق ، فلو جنى على العبد جناية ، لكان الارث على ما في المدونة للمتصدق عليه ، وعلى القول بأنه لا يكون حائزاً له للمتصدق ، وقد مضى هذا المعنى في رسم الكبش من سماع يحيى ، وبالله التوفيق .

---

(٢٧٢) في ق ٢ ق ٣ (سنون) .

(٢٧٣) في ق ٢ (والمخدوم) .

(٢٧٤) في ق ٢ (والممنوع) .

(٢٧٥) في ق ٢ (أو الاختدام ، أو المنحة) .

(٢٧٦) انظر م ـ ج ١٥/ ١٢٦ .

مسـألة

وسئل سحنون هل يجوز للرجل أن يشتري كسر السؤّال ، فقال : نعم ، قيل له ولم ، وقد جاء الحديث إنما هي أوساخ الناس ؟ فقال ألا ترى الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (حيث)[٢٧٧] قال إنها صدقة على بريرة وهي لنا هدية .

قال محمد بن رشد: لا اشكال في جواز شراء كسر السؤّال اذ اختلف بين أهل العلم في أنه يجوز للمسكين[٢٧٨] بيع ما تصدق به عليه ، (من الزكاة وغيرها من غير الذي تصدق بها عليه)[٢٧٩] وان يهبه ويتصدق ويفعل به ما يفعل ذو الملك في ملكه، والأصل في جواز ذلك[٢٨٠] قول النبي ـ عليه السلام ـ: لا تحل الصدقة لغني، الا لخمسة: لغاز في سبيل الله، أو العامل عليها ، او لغارم ، او لرجل اشتراها بماله ، أو رجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين لغني[٢٨١]. فقول النبي عليه السلام في هذا الحديث أو رجل اشتراها بماله نصٌّ على جواز شراء كسر سوّال وغيرها من الصدقات من الذي تصدق بها عليه إذا لم يكن هو الذي تصدق بها لقول النبي عليه السلام لعمر بن الخطاب في الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله : لا تشتره وان اعطاكه بدرهم . فان العائد في صدقته ، كالكلب يعود في قيئه[٢٨٢] ، فالاستدلال بهذا الحديث على ما سأل عنه السائل من شراء كسر السؤال أولى من الاحتجاج بحديث بريرة الذي احتج به سحنون وان كانت

---

(٢٧٧) كلمة (حيث) ساقطة في ص ق ٣ .

(٢٧٨) في ق ٢ (للرجل المسكين) ـ بزيادة (الرجل) .

(٢٧٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٨٠) كلمة (جواز) ساقطة في الأصل .

(٢٨١) أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث أبي سعيد .

(٢٨٢) حديث متفق عليه .

الحجة به صحيحة ، والاستدلال به ظاهر ؛ لأنه إذا كان لنبي ـ عليه السلام ـ ان يأكل الصدقة المحرمة عليه ، فانتقالها اليه من عند الذي تصدق بها عليه بالهدية ، جاز للغني أن يأكل الصدقة المحرمة عليه بانتقالها اليه أيضاً من عند الذي تصدق به عليه بالشراء ، أو بسائر الأشياء التي تنتقل بها الاملاك عن ملاكها[٢٨٣] ! ولما اعترض عليه السائل (فقال له)[٢٨٤] ولم أجزت للرجل شراء كسر السؤال ـ وقد جاء الحديث إنما هي اوساخ الناس ، لم يرد عليه إعتراضه ، (وعارضه)[٢٨٥] بالحديث الذي نزع به ، فصار في ظاهر أمره مسلماً لاعتراضه ، وكان الوجه أن يرد عليه إعتراضه ويبطله ولا يعارضه ، بأن يقول له ليس هذا موضع الحديث الذي اعترضت (به)[٢٨٦] لأنه إنما جاء في تحريم النبي عليه السلام الصدقة على أنه أن يأخذوها ممن وجبت عليهم تطهيراً لأموالهم ، فقال لا تحل الصدقة لآل محمد ، إنما هي أوساخ الناس يغسلونها عنهم[٢٨٧] ، (وأما)[٢٨٨] أخذها من غير الذي ظهر بها ماله بوجه ، يجوز من شراء أو عطية ، فذلك جائز لأنها ليست بأوساخ في هذا الموضع ، وبالله التوفيق .

---

(٢٨٣) في ق ٢ (ما تليها) .

(٢٨٤) جملة (فقال له) ساقطة في الأصل .

(٢٨٥) كلمة (وعارضه) ساقطة في الأصل .

(٢٨٦) كلمة (به) ساقطة في الأصل .

(٢٨٧) رواه مالك في الموطأ ، انظر ص ٦٠٧ ـ طبع النفائس .

(٢٨٨) كلمة (وأما) ساقطة في الأصل .

(من سماع محمد بن خالد ، وسؤاله ابن القاسم)[٢٨٩] .

قال محمد بن خالد قلت لابن القاسم فالرجل يتصدق بالعبد على الرجل فيعتقه المتصدق من قبل أن يقبضه المتصدق عليه ، فقال ابن القاسم أرى عتقه ماضياً ، ولا شيء للمتصدق عليه ؛ قال : قلت لابن القاسم : فلو كانت جارية فوطئها فحملت منه ؟ فقال ابن القاسم هي أم ولد له ، قلت لابن القاسم ولا تؤخذ[٢٩٠] منه قيمتها للمتصدق عليه ، فقال ابن القاسم لعل ذلك أن يكون .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي تصدق بالعبد ثم أعتقه أن العتق أولى من الصدقة ، هو قوله وروايته عن مالك في العتق الثاني من المدونة[٢٩١] ، زاد فيها : وسواء علم المتصدق عليه بالصدقة أو لم يعلم ، وقال المخزومي[٢٩٢] هذا إذا كان اشهاده بالصدقة[٢٩٣] وبين ما أحدث من العتق ، ما لو علم المتصدق عليه بالصدقة بطلب الحوز ، أمكنه ذلك ؛ وأما إن لم يكن بين اشهاده على الصدقة وبين ما أحدثه من العتق قدر ما يمكن فيه الحوز ، لو علم ، فالصدقة ماضية ، ويبطل العتق ؛ وقول المخزومي عندي خلاف مذهب ابن القاسم ، اذ لا فرق في القياس بين أن لا يعلم وبين ألا يكون بين الصدقة والعتق ما يمكن فيه الحوز لو علم ، فقول ابن القاسم أظهر ، لأنه إنما رأى العتق أولى من الصدقة بكل حال ، مراعاة لقول من يقول ان

---

(٢٨٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٩٠) في ق ٢ (يؤخذ) ـ بالياء .

(٢٩١) انظر م ٣ ـ ج ٦/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨ .

(٢٩٢) في ق ٢ ، ق ٣ (وقال) .

(٢٩٣) في ق ٢ ، ق ٣ (على الصدقة) .

للمتصدق ان يرجع في صدقته ما لم تحز عنه ويقبضها المتصدق عليه منه ، فهو استحسان في العتق لحرمته ؛ والذي يأتي على مذهب مالك في أن الصدقة تجب على المتصدق ويحكم عليه بها وان لم تقبض منه ، أن تصح الصدقة ويبطل العتق ، وهو قول ابن القاسم في سماع عبد الملك ين الحسن ؛ ويحتمل أن يكون قول ابن وهب ، إذ لم ينص في الرواية على اسم واحد منهما ، وإنما قال فيها وسئل بعْد أن تقدم ذكرهما جميعاً ، ولا وجه لتفرقة المخزومي بين ألا يكون بين الصدقة والعتق من المدة ما يمكن فيه الحوز ، وبين أن يكون بينهما ما يمكن فيه الحوز ، فلا يعلم ، لأنه إذا لم يعلم فلم يمكنه الحوز ؛ والصحيح في هذه المسألة على ترك مراعاة قول أهل العراق ، أن تكون الصدقة أولى من العتق ، الا أن يكون المتصدق عليه علم بصدقته ففرط في الحوز، حتى أحدث المتصدق العتق ؛ فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال ، أحدها : أن العتق أولى على كل حال وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني : أن الصدقة أولى على كل حال، وهو الذي يأتي(٢٩٤) في سماع عبد المالك. والثالث: قول المخزومي أن العتق أولى على كل حال الا أن يكون بين الصدقة والعتق ما يمكن فيه الحوز من المدة. والرابع : ما أحدثه(٢٩٥) من أن تكون الصدقة أولى من العتق الا أن يكون المتصدق عليه علم بصدقته ففرط في الحوز حتى أحدث المتصدق العتق ، وسيأتي في سماع عبد الملك ، اذا قال الرجل في عبده نصفه صدقة على فلان، ونصفه حرٌّ، ونتكلم على تحصيل القول في ذلك إن شاء الله.
ويأتي في أول سماع أصبغ الواقع في آخر الكتاب إذا تصدق به ثم باعه فنتكلم عليه(٢٩٦) ان شاء الله ؛ وأما اذا تصدق بجاريته على رجل ثم أحبلها قبل أن

---

(٢٩٤) كلمة (يأتي) ساقطة في ص ق ٢ .

(٢٩٥) في ق ٢ (اخترته) .

(٢٩٦) كذا في ص ق ٣ ، وفي ق ٢ زيادة (أيضاً) .

يقبضها المتصدق عليه ، فيجري الأمر[٢٩٧] في ذلك على قياس ما تقدم في العتق في الوجوه كلها ـ حيثما كانت الصدقة أولى من العتق، كان للمتصدق عليه أن يأخذ الجارية وقيمة ولدها ، أو قيمتها يوم أحبلها دون قيمة ولدها على اختلاف قول مالك المعلوم في ذلك؛ وحيثما كان العتق، أولى من الصدقة كانت أم ولد للمتصدق بها ؛ واختلف هل تكون عليه قيمتها للمتصدق عليه بها أم لا فقال في هذه الرواية لعل ذلك أن يكون؛ وقال في سماع أصبغ الواقع في آخر الكتاب : ذلك بمنزلة العتق ، وهو قول أصبغ ؛ وقال ابن وهب في سماع عبد الملك بعد هذا ، أن عليه القيمة للمتصدق عليه وهو الصحيح ، لأنه أفاتها عليه باستمتاعه بوطئها ، وله الاستمتاع بها فيما يستقبل ، فلا يبطل حق المتصدق عليه بها ـ وهو يستمتع بها، ولو باعه المتصدق عليه فلم يقبض ذلك المشتري حتى مات المتصدق ـ والصدقة بيده ، فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب وعيسى بن دينار البيع حوز ، وهي جائزة للمبتاع ؛ وقال أصبغ ليس البيع بحوز ، وفي كتاب العيوب من المدونة دليل على القولين جميعاً ؛ قال مطرف وكذلك لو وهبه ، وقال ابن الماجشون لا تكون الهبة حوزاً، لأنها تحتاج الى حوز ، ولا يحتاج العتق والبيع إلى حوز؛ وقال أصبغ : لا تكون حوزاً ، الا في العتق وحده .

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن القاسم

قال وأخبرني عبد الملك بن الحسن عن عبد الرحمان بن القاسم أنه سئل عن رجل أعطى رجلاً قرية أو دوراً أو غلاماً عطايا حازها المعطَى وقبضها ، غير أنه شرط عليه في عطيته شرطاً وكتب عليه به كتاباً إن مات المعطي قبل المعطَى ، فالعطية مَـاضية

(٢٩٧) في الأصل (القول) .

للمعطَى ، وإن مات المعطَى قبل المعطي رجع المال الى المعطي وكان أولى بماله ولم يكن فيها موروثاً لورثة المعطَى ، فعلى هذا أعطى ، وبه كتب عليه وأشهد . فمات المعطي وبقي المعطَى والمال بيده ؛ فهل تكون للمعطَى ؟ أو كيف يكون أمرها ـ وكان المعطى خصماً ؟ قال ابن القاسم أراها من الثلث بعد موت المعطي إذا هلك قبل المعطَى وهو قول مالك أو ما أشبهه .

قال محمد بن رشد : قد تكررت هذه المسألة ومضى القول فيها مستوفى في أول سماع يحيى ، فلا معنى لاعادته .

مسألــة

قال عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة فيمن كان له ولدان فأعمر احدهما داره جعلها له سكنى حياته ، فمات الأب وقد قبضها الولد وحازها ؛ قال يكون نصف الدار له بميراثه يصنعُ به[٢٩٨] ما شاء إن شاء باع ، وان شاء حبس ، ويسكن النصف الآخر على[٢٩٩] ما عاش ؛ فإذا مات ، صار إلى أخيه أو إلى ورثته إن مات أخوه ، وقال أصبغ بن الفرج مثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة لا اختلاف فيها ، ولا إشكال في شيء من معانيها ، على مذهب مالك في أن العمرى ترجع إلى المعمر إذا مات المعمر ؛ والخلاف فيها خارج عن[٣٠٠] المذهب ، قيل إنه[٣٠١]

(٢٩٨) في ق ٢ ، ق ٣ (فيه) .
(٢٩٩) كلمة (على) ساقطة في ق ٢ ، ق ٣ .
(٣٠٠) في ق ٢ ، ق ٣ (خارج المذهب) ـ باسقاط (عن) .
(٣٠١) في ق ٢ (أنها) .

تكون[302] للمعمر ملكاً وإن لم تكن[303] معقبة ، وقيل إنه إنما تكون له ملكاً إذا كانت معقبة ، للآثار الواردة في ذلك عن النبي عليه السلام ، ولم يأخذ بها مالك لمخالفة العمل بها على أصله في أن العمل المتصل بالمدينة مقدم على أخبار الآحاد ، لا سيما إذا خالفت الأصول كهذه ، وقيل إنه لم يُخالفها[304] وانما تأولها على مذهبه ، والأول أظهر ، والله أعلم .

مسألــة

قال وسألت عبد الله بن وهب عن الرجل يتصدق على ابن ابنه برأس وهو صغير وأبو ابن ابنه المتصدق عليه ، فيوكل الجد وكيلاً يحوز لابن ابنه ذلك الرأس ، فعمد ذلك الوكيل إلى ذلك الرأس فكاتبه الى أعوام (بكتابة)[305] منتقضة أو غير منتقضة ، ثم يقيم الرأس في خدمة المتصدق يختدمه بحال ما كان قبل الصدقة إلا أن ابن ابنه الذي تصدق به[306] عليه يكون معهم[307] طعامهم واحد، ومنامهم واحـد ، وذلك الرأس يخدمهمـا جميعاً ـ حتى مـات الجـد المتصدق ، فقام ورثة الجد[308] الى الرأس فأخذوه وقالوا للغلام الذي تصدق عليه به[309] انه لم يحزه حائز ، وقال الغلام وأبوه ، ان الذي كان وكل بالنظر له والحوز عليه ، قد كاتب عليه ذلك الرأس

---

(302) في الأصل (يكون) ـ بالياء .

(303) في الأصل (يكن) .

(304) في الأصل (تخالفها) ـ بالتاء .

(305) كلمة (بكتابة) ساقطة في الأصل .

(306) كلمة (به) ساقطة في الأصل .

(307) في الأصل (معه) .

(308) في ق ٢ (الجد المتصدق) ـ بزيادة (المتصدق) .

(309) كذا في ق ٣ ، وفي ق ٢ (به عليه) ، وسقطت كلمة (عليه) في الأصل .

وكان في الكتابة أن يخدم المتصدق[٣١٠] عليه حتى يؤدي كتابته ؛ فهل يكون هذا حوزاً[٣١١] للذي تصدق به عليه ولم يؤد المكاتب من كتابته شيئاً حتى هلك المتصدق به ؛ قال[٣١٢] سواء كانت الكتابة منتقضة أو غير منتقضة ـ إذا كان العبد إنما ترك ثبت[٣١٣] في ناحية الجد المتصدق لمكان ابن الابن المتصدق عليه وخدمته[٣١٤] ، فهو يقوم بخدمته والقيام عليه ، فلا يضره إن خدم الجد المتصدق أحياناً بعد أن يكون قد أخرجه من يده[٣١٥] حين[٣١٦] تصدق به إلى هذا الرجل يحوزه مُكاتبه[٣١٧] على وجه النظر ، وهو يرى أنه يحوز له ، فهو إن كانت كتابته جائزة فإنما إقامته تطوع ، وخدمته وإن كانت ليست بكتابة للشرط الذي اشترطه عليه في الخدمة مع أنها ليست بكتابة أصلاً ، وإنما[٣١٨] رده على الخدمة للصبي لحاجته اليه ؛ فأراها صدقة ماضية له ، ليس لورثة الجد فيه قليل ولا كثير . وقال أشهب، نعم هو حوز له ولم يكن يجوز للذي جعل العبد على يديه يحوزه[٣١٩] للغلام أن يكاتبه إلا باذن أبيه[٣٢٠] ! فأما إذا أقر بذلك

---

(٣١٠) في ق ٢ (به عليه) .

(٣١١) في ص ق ٣ (حوز) ـ بالرفع ، وهو تصحيف ظاهر .

(٣١٢) في ق ٢ (فقال) .

(٣١٣) في ق ٢ (وثبته) .

(٣١٤) في الأصل (وخدمة) .

(٣١٥) في ق ٢ (يديه) .

(٣١٦) في الأصل (إن تصدق) ـ بزيادة (إن) .

(٣١٧) في ص ق ٣ (فكاتبه) .

(٣١٨) كذا في ق ٣ ، وفي ق ٢ (فإنما) وثبت في الأصل (إنما) .

(٣١٩) في ق ٢ (ليحوزه) .

(٣٢٠) في ص ق ٣ (لابنه) .

أبو الغلام ولم ينكره ، فالكتابة جائزة بإقراره بها .

قال محمد بن رشد : قول ابن وهب هذا في الكتابة بشرط ألّا يخرج المكاتب عن خدمة سيده ، أنها ليست بكتابة أصلاً ، خلاف قول ابن القاسم في سماع أصبغ عنه من كتاب المكاتب أنها كتابة جائزة والشرط لازم ؛ وقال أصبغ يسقط الشرط وتنفذ الكتابة ؛ وأما قوله إن العبد ان كان ثبت في ناحية الجد المتصدق لمكان ابن ابن المتصدق عليه وخدمته ، فلا يضره أن خدم الجد المتصدق أحياناً ، هو نحو ما في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من قول مالك ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ـ مستوفى[٣٢١] وفي[٣٢٢] رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ؛ فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال وسألت عبد الله بن وهب عن الرجل يتصدق على ابن له في حجره صغير أو بنت بكر في حجره بكتابة مكاتب له فيقتضي الأب الكتابة بعد ذلك وهي كتابة معروفة ، ثم يهلك الأب بعد ذلك فيقوم ابنه أو ابنته المتصدق عليها[٣٢٣] بالكتابة تطلب[٣٢٤] تلك الكتابة في مال أبيها ، فتقوم البينة على الصدقة ، وعلى قبض الأب الكتابة بعد ذلك ـ ولا يدري الشهود ما فعل الأب بها ؛ فهل تؤخذ[٣٢٥] من تركة الأب وتكون[٣٢٦] بمنزلة دين ثبت عليه ، أم لا تكون الصدقة ماضية

---

(٣٢١) كلمة (مستوفى) ساقطة في ص ق ٣ .

(٣٢٢) في الأصل (في) .

(٣٢٣) في الأصل (عليه) .

(٣٢٤) في (يطلب) ـ بالياء .

(٣٢٥) في ص ق ٣ (يؤخذ) ـ بالياء .

(٣٢٦) في ص ق ٣ (يكون).

اذا لم يضع ذلك له على يدي[٣٢٧] غيره ؛ قال: إن لم يكن الا ما وصفت ، فالصدقة باطلة[٣٢٨] لا ينعقد منها شيء ، وهي ميراث بين الورثة ، لأن الذي ذكرت[٣٢٩] ليست بحيازة بينة ولا تامة ولا قبض معروف ،فلا أرى ذلك شيئاً إن لم يكن الا ما قصصت ، وقال أشهب أراها ميراثاً ولا شيء للابن إذا لم يضع ذلك له على يدي[٣٣٠] غيره ، مثل قول ابن وهب .

قال محمد بن رشد : اتفق ابن وهب وأشهب في هذه الرواية على أن الرجل اذا وهب لابنه الصغير كتابة مكاتب له ، لا يكون المكاتب حائزاً له ما عليه من الكتابة ، وذلك على قياس ما في المدونة من قوله ان الكتابة ليست بدين ثابت ، وانما هي جنس من الغلة ، وقد قيل انها كالدين يكون المكاتب حائزاً لها عن سيده لابنه إذا وهبها له ؛ وأما إذا كان للرجل دين على عبده من مبايعة أو سلف ، فوهبه لابنه الصغير ، فإنه يكون حائزاً له كما لو كان الدين له على اجنبي فوهبه لابنه حسبما مضى في رسم الرطب واليابس من سماع ابن القاسم، لأن دين الرجل على عبده دين من الديون يحاص به الغرماء، وهو معنى ما في نوازل أصبغ على الصحيح من التأويل ؛ وقد قال بعض المتأخرين إن الدين الذي للسيد على عبده كالكتابة في أنه لا يكون حائزاً لما عليه منه إذا وهبه السيد لابنه وهو بعيد ؛ وأما ما بيد العبد لسيده ، فهو بمنزلة ما بيد سيده إن وهبه السيد لابنه الصغير وهو عرض مما يحُوزه الأب لابنه إذا وهبه إياه ، كان العبد حائزاً له ؛ واختلف إذا تصدق الرجل على ابنه الصغير بما بيده من العروض التي تجوز حيازته لها إذا وهبها لابنه فجعلها بيد غيره[٣٣١] ؛ فقال ابن

---

(٣٢٧) في الأصل (بد) .

(٣٢٨) في ق ٢ (باطل) .

(٣٢٩) في الأصل (ذكره) .

(٣٣٠) في الأصل (بد) .

(٣٣١) في ق ٢ (عبده) .

الماجشون أن ذلك لا يجوز ، لأنه بمنزلة من قال لا أحوز لابني ، ثم أبقاه بيده ، والصحيح أن ذلك جائز ، الا أن تكون دنانير أو دراهم مما لا يحُوزها الأب لابنه إذا وهبه إياها[٣٣٢] ، إلا أن يخرجها من يديه الى غيره يحُوزها له وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل قال لابنه إن ضمنت عني الخمسين الدينار التي لفلان علي ، فداري صدقة عليك ، فضمن عنه ، فقال[٣٣٣] لا صدقة له ولابنه ان شاء أن يرجع عن الضمان[٣٣٤] رجع .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن ذلك ليس بصدقة إنما هو بيع بضمان ، وهي غرر لا يحل ولا يجوز ، فالدار راجعة إلى الأب ، والضمان ساقط عن الابن ، إلا أن يشاء أن يلتزمه باختياره دون عوض ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن قال نصف غلامي صدقة على فلان ونصفه حر ، قال يقوم كله ويعتق نصف قيمته يدفعها الى المتصدق عليه .

قال القاضي: اختلف قول ابن القاسم في هذه المسألة على قولين، أحدهما: أنه يقوم عليه نصيب المتصدق عليه لتقدم الصدقة[٣٣٥] قبل العتق، لأنه لما تصدق ببعضه صار كالعبدين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه ، أنه يقوم

(٣٣٢) في ق ٢ (وهبها إياه) .

(٣٣٣) في ق ٢ ، ق ٣ (قال) .

(٣٣٤) في ق ٢ (الضامن) .

(٣٣٥) في ق ٢ (الصدقة به) ـ بزيادة (به) .

عليه نصيب شريكه ، وهو قوله في هذه الرواية وإحدى روايتي يحيى عنه في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق ، والقول الثاني أنه يعتق العبد كله ولا يكون للمتصدق عليه شيء ، وهو القول الذي رجع اليه في رواية يحيى المذكورة قياساً على قول مالك في الذي يتصدق بالعبد على الرجل ثم يعتقه قبل أن يحوزه المتصدق عليه ، ان العتق اولى به، ووجه القول الأول[٣٣٦] هو ما ذكرناه[٣٣٧] من أنه لما بدأ بالصدقة صار المتصدق عليه شريكاً له فيه قبل أن يعتق منه حصته[٣٣٨] فوجب أن يقوم عليه كالعبدين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه[٣٣٩] أنه يقوم عليه إن كان موسراً؛ وأما القول الثاني فإنما يتخرج على القول بأن الرجل إذا أعتق بعض عبده يكون حراً كله بالسراية[٣٤٠] دون أن يعتق عليه ، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن الرجل إذا أعتق شقصاً له في عبد فلم يعتق عليه حتى مات ، كان باقيه رقيقاً لورثته ، وإن استدان ديناً قبل أن يعتق عليه ، بيع باقيه في الدين ، ووجهه أنه لما أعتق نصفه[٣٤١] بعد أن تصدق بالنصف الآخر قبل أن يقبض منه ، راعى قول المخالف في أن الصدقة باقية على ملك المتصدق ما لم تقبض[٣٤٢] منه ، فجعل[٣٤٣] العتق يسري اليه ، فبطلت بذلك الصدقة ؛ والقول الأول أظهر ، لأنه هو الذي يأتي على المذهب في أن الصدقة تجب بالعقد ، وعلى المشهور فيه من أن[٣٤٤] من أعتق شقصاً من عبده ، فالباقي منه على ملكه ما لم يعتق عليه ، ولا يكون

(٣٣٦) كلمة (الأول) ـ ساقطة في ص ق ٣ .

(٣٣٧) في ق ٢ (ذكرته) .

(٣٣٨) في ق ٢ (حصته منه) .

(٣٣٩) في ق ٢ (حصته) .

(٣٤٠) في الأصل (بالصدقة) .

(٣٤١) في ق ٢ (نصف عبده).

(٣٤٢) في ص ق ٣ (يقبض) ـ بالياء .

(٣٤٣) في ق ٢ (يجعل) .

(٣٤٤) في ق ٢ (بأن) .

حراً بعتق ما أعتق منه ؛ وأما إذا بدأ بالعتاقة فقال نصف عبدي حر ونصفه صدقة على فلان ، فالمنصوص عن ابن القاسم في ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق ، ومن رواية عيسى عنه أنه يكون حراً كله ، وتبطل الصدقة ؛ وهذا إنما يأتي على القول بالسراية ، وأما على مذهبه في المدونة في أن من أعتق بعض عبده لا يكون باقيه حراً بالسراية حتى يعتق عليه ، فإن وهبه أو تصدق به قبل أن يعتق عليه ، قوم عليه ولم تبطل الصدقة فيه ولا الهبة .

وقوله في هذه الرواية إنه يقوم كله فيعتق ويكون على المعتق نصف قيمته ، هو الذي يأتي على أصل مذهب مالك ، وظاهر الحديث أن العبد يقوم كله ، فيكون على المعتق لشريكه نصف قيمته ، وذلك خلاف قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب العتق أن النصف المتصدق به، هو الذي يقوم على المعتق ، ومثله في كتاب الجنايات من المدونة ، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد من المدونة ، وليس المعتق كالواطىء، لأن الواطىء وطىء حق غيره ، والمعتق لم يحدث على شريكه شيئاً ؛ فتحصيل الاختلاف في هذه المسألة أن فيها ثلاثة أقوال ، أحدها : أن الصدقة تبطل وينفذ العتق ـ قدم الصدقة أو العتق، والثاني : أنها لا تبطل ويقوم على المعتق قدم الصدقة أو العتق ، والثالث أن الصدقة تبطل إن قدم العتق ، ولا تبطل ان قدمها على العتق ، وهذا كله على قياس القول بأن العتق والصدقة يجبان بنفس انقضاء اللفظ على ما في كتاب الظهار من المدونة من أن الرجل إذا قال لامرأته[٣٤٥] أنت طالق ثلاثاً ، وأنت علي كظهر أمي ، أن الظهار لا يلزمه ؛ وأما على قياس القول بأن العتق والصدقة لا يجبان بنفس تمام اللفظ حتى يسكت بعده سكوتاً يستقر به العتق أو الصدقة ، وهو الصحيح من الأقوال على ما في كتاب الايمان بالطلاق من المدونة في الذي يقول لامرأته قبل أن يدخل بها : أنت طالق ،

---

(٣٤٥) كلمة (لامرأته) ساقطة في الأصل .

أنت طالق، أنت طالق، انها ثلاث، إلا أن يريد أن يسمعها ولا يريد بذلك تكرار الطلاق، فسواء قدم العتق قبل الصدقة أو الصدقة قبل العتق، فيلزمه(٣٤٦) نصف قيمة العبد للمتصدق عليه، لأنه إن قدم العتق قبل الصدقة، حصلت(٣٤٧) الصدقة قبله، فوجب عليه نصف قيمته، وإن بدأ بالصدقة قبل العتق حصل العتق قبلها، فوجب عليه نصف قيمته، الا على القول بالسراية وفي صفة التقويم قولان، أحدهما أنه يقوم العبد كله فيكون للمتصدق نصف القيمة، والثاني أنه يقوم نصفه المتصدق به، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن رجل تصدق على رجل بعبد له ثم أعتقه قبل أن يقبضه، قال لا عتق له.

قال الامام القاضي: قوله إنه لا عتق له، هو الذي يأتي على قياس قول مالك في أن الصدقة يحكم بها على المتصدق، وإن لم تقبض منه، ويحتمل أن يكون من قول ابن وهب، فان كان من قول ابن القاسم، فهو خلاف قوله في سماع محمد بن خالد، وقد مضى القول على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسألته عن الرجل يتصدق على الرجل بالجارية فيحبلها المتصدق قبل أن يقبضها المتصدق عليه، قال ابن وهب إذا تصدق بصدقة جد، كانت القيمة على المتصدق عليه، ولو شهد له شاهد على الصدقة وهي في يديه حلف مع شاهديه.

---

(٣٤٦) في ق ٢ (تلزمه).

(٣٤٧) في الأصل (حصل).

قال محمد بن رشد : قد مضى في سماع محمد بن خالد الكلام على الذي يتصدق بالجارية ثم يحبلها قبل أن يقبضها المتصدق عليه ، فلا معنى لإعادة ذلك ، وقوله ولو شهد له شاهد على الصدقة ـ وهي في يديه حلف مع شاهده ، صحيح لا اشكال فيه ، ولا دليل في قوله وهي في يديه على أن الحكم يكون بخلاف ذلك ـ إذا لم تكن في يديه، لأن المدعي للصدقة يحلف مع شاهده ويستحق صدقته ، كانت الصدقة في يد المتصدق أو في يد المتصدق عليه ، على مذهب مالك ، والمخالف يقول : ان الصدقة اذا كانت في يد المتصدق(٣٤٨) فلا يحكم عليه بها للمتصدق عليه ، فلهذا قال في هذه الرواية : يحلف(٣٤٩) مع شاهده ويستحق صدقته وإن كانت في يد المتصدق ، وأما إن(٣٥٠) كانت في يد المتصدق عليه ، فلا كلام في أنه يحلف مع شاهده ، وإنما ساق ذلك على سبيل الحجة ، فكان وجه الكلام ، أن يقول لأنه لو شهد له شاهد ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وسألته عمن تصدق على ولد له صغار وكبار بصدقة ، فلم يحزها الأكابر حتى مات الأب ، فهل(٣٥١) للأصاغر(٣٥٢) شيء ؟ قال نعم يكون لهم حظوظهم منها .

قال محمد بن رشد : المسؤول عن(٣٥٣) هذه المسألة ابن وهب والله أعلم . وقوله مثل قول مالك في رواية علي بن زياد عن مالك في

(٣٤٨) في الأصل (المتصدق عليه) .
(٣٤٩) في ق ٢ (أنه يحلف) ـ بزيادة (أنه) .
(٣٥٠) في ق ٢ (إذا) .
(٣٥١) في ق ٢ (هل) .
(٣٥٢) في الأصل (الصغائر) .
(٢٥٣) في ق٢، ق٣ (في) .

المدونة[٣٥٤] ، ومثل قوله في رواية أشهب عنه في هذا الكتاب ، خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة[٣٥٥] ، وفي رسم ان خرجت من سماع عيسى من الكتاب[٣٥٦] ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك مستوفى ، فلا معنى لاعادته .

مسألــة

وسألته عمن تصدق بصدقة على ولده بدار فلم يزل ساكناً في ناحية من الدار حتى مات ، ما حد الذي إذا سكنه الأب لم يكن للولد فيه صدقة ، فقال إذا سكن الثلث فأدنى فالصدقة ماضية ، وأما إن سكن أكثر من الثلث ، فلا صدقة له .

قال محمد بن رشد : هذا مذهب مالك ، لأن الثلث آخر حد اليسير وأول حد الكثير ، وهو عند مالك في جميع المسائل يسير ، إلا في ثلاثة مواضع ، وهي معاقلة المرأة الرجل ، وما تحمل العاقلة من الدية ، والجوائح في الثمَار ، وبالله التوفيق .

كمل الجزء الثالث من كتاب الصدقات والهبات بحمد الله وحسن عونه والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمـد ، وعلى آله وصحبـه وسلم تسليماً[٣٥٧] .

---

(٣٥٤) انظر م ٦ ـ ج ١٥/ ١٢٥ .

(٣٥٥) نفس المصدر .

(٣٥٦) في ق ٢ ، ق ٣ (هذا الكتاب) ـ بزيادة (هذا).

(٣٥٧) جملة (والصلاة الكاملة . . . وسلم تسليما) ـ ساقطة في ق ٢ .

كتاب الصدقات والهبات الرابع [١]

(من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب البيوع)[٢]

قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول في الذي يتصدق على ولده الصغار الذين يحوز لمثلهم ـ بالصدقة التي لها الكراء ، أو الغلة ، ويكري هو لهم : إن ذلك جائز ـ إذا أشهد على أصل الصدقة وإن لم يكتب الكراء بأسمائهم ؛ قال ومن يكري للصغير ، ويشتري له ، ويبيع (له)[٣] ، إلا أبوه ، وأنكر قول من يقول لا يجوز إذا كتب الأب الكراء باسم نفسه ، وعابه وكرهه كراهية شديدة ورآه خطأ ، وقال قد صحف في ذلك ولا أعلمه إلا قال : وهذا خلاف لسنة المسلمين ، ولا أعلم أحداً من الناس قال هذا ـ يريد من أهل العلم .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم مثل ما تقدم من قوله في آخر رسم شهد من سماع عيسى ، ومن قول مالك في رسم يدير منه ،

---

(١) العنوان ساقط في الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٣) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

وهو[٤] أمر لا أعلم فيه اختلافاً في المذهب ، وقد مضى من القول على ذلك[٥] في رسم يدير المذكور ما فيه كفاية ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال أصبغ وسمعت ابن القاسم يقول فيمن تصدق على ابن له صغير يحوز لمثله بنصف غنمه ، أو ثلثها[٦] ، أَوْ بنصف عبده ، أو داره ، وترك بقية ذلك مالاً لنفسه شريكاً له به : ـ إن ذلك جائز ، وإن ذلك حوز له ؛ وإن تصدق على ابن له صغير بنصف غنمه ونصفها في سبيل الله فكان الأب يحوز ذلك كله حتى مات الأب ـ وذلك على حاله ، أن صدقة الابن جائزة ، وأن ما كان في سبيل الله من ذلك ، فليس بشيء ؛ ونصيب الابن جائز ، وليس ذلك بمنزلة ما لو تصدق عليه وعلى كبير ، لأن ما كان في سبيل الله في ذلك لا يحوزه أحد ، والأجنبي والكبير إذا كان بعينه يحوزه ويقوم به ؛ وسبيل الله هو كلا شيء ، وهو كما لو حبسه مالاً لنفسه ـ وكان به شريكاً ؛ قال أصبغ : لا يعجبني ما قال ، وأرى أن يبطل كله ولا يجوز منه شيء للابن في المسألتين جميعاً ـ لا في الذي جعل للابن نصفه وأمسك نصفا ، ولا في الذي[٧] جعل للابن نصفه ، وللسبيل نصفه ، ولا للسبيل جميعاً ، لأن الذي للابن ليس بشيء بعينه وهو مشاع فيه كله ، فهو كحاله قبل الصدقة ، وهو كما لو تصدق عليه بمائة من غنمه ولم يفرزها بعينها ، ولم يسمها أو بعدة من خيله ولم يسمِّها

---

(٤) في الأصل (وهذا) .

(٥) في الأصل (هذا) .

(٦) في ق ٢ (بثلثها) .

(٧) في ق ٢ (للذي) .

(ولم ينسبها)[٨] حتى تقع الصدقة فيها بعينها ، أنه يبطل ؛ وهو قول مالك في الغنم والخيل والجزء ـ وهو واحد كله ، وهذا[٩] آخر قول مالك ، والذي رجع إليه فيها ؛ وقد كان يقول قبل ذلك في الغنم إذا نصدق عليه بعدة منها ـ وهي في غنمه كما هي ـ أنه جائز ، وليس[١٠] ذلك بشيء ، قد رجع عنه هو وأصحابه ، وهو قولنا جميعاً لا يجوز حتى يسميها بأعيانها ، أو ينسبها بأسمائها أو يفرزها ، أو يسميها ، فكذلك مسألة الجزء سواء .

قال محمد بن رشد : اختلف فيمن تصدق بجزء من ماله على الإشاعة على ولده الصغير ، هل تصح حيازته إياه له أم لا ، على ثلاثة أقوال ، أحدها : أن حيازته إياه له جائزة سواء أبقى الباقي لنفسه ، أو تصدق به على كبير، أو في السبيل[١١]، وهو قول مالك. والثاني : أن حيازته له غير جائزة ـ فسواء[١٢] أيضاً أبقى الباقي لنفسه ، أو تصدق به على كبير أو في السبيل ، وهو قول أصبغ في هذه الرواية . والثالث : أن حيازته له جائزة إن أبقى لنفسه أو تصدق به في السبيل ، ولا يجوز[١٣] إن تصدق به على كبير إلا أن يحُوز الكبير لنفسه والصغير[١٤] ، فإن لم يحُز الكبير شيئاً أو لم يحز إلا حصته ، بطل نصيب الصغير ، وهو مذهب ابن القاسم ، وإرادته في هذه الرواية تبين ذلك من مذهبه ، قاله في كتاب ابن المواز من أن نصيب الصغير يبطل وان حاز

---

(٨) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٩) في ق ٢ ، ق ٣ (وهو) .

(١٠) في ق ٢ (فليس) .

(١١) في الأصل ـ هنا ـ كلام مكرر مع ما يأتي في القول الثالث .

(١٢) في ق ٢ (سواء) .

(١٣) في ق ٢ (تجوز) ـ بالتاء .

(١٤) في ق ٢ ، ق ٣ (وللصغير) .

الكبير نصيبه ، وقد مضى بيان هذا كله وتوجيه الخلاف[١٥] فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس ، ومضت المسألة أيضاً في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي رسم العرية من سماع عيسى منه ؛ فإذا وهب الرجل جزءاً من جميع ماله على الإشاعة لولده الصغير ـ وله أصول ورباع وعروض ورقيق وماشية وناض وطعام ، جاز له على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك . ذلك الجزء من جميع ما كان يملك يوم الهبة من الأصول والرباع والعروض والرقيق والماشية ، حاشا ما سكن من الدور ، ولبس[١٦] من الثياب ؛ وأما الطعام والناض فلا يجوز ويبطل ، إذ لا يعرف ذلك بعينه إلا أن يضعه له على يد غيره ؛ وقد قال إن ذلك يجوز له إذا أفرزه له ـ وإن لم يخرجه من يده ، وهو قول مالك في الموطأ ـ حسبما مضى بيانه في أول رسم من سماع ابن القاسم، وفي رسم طلق بن حبيب منه، ومثل هذا في الثمانية لابن الماجشون ؛ قال فيمن قال نصف ماله صدقة على ابنتي البكر وهي في حجره ، أن لها نصف ما كان يملك يوم تصدق من عقار أو ثياب أو دواب أو ماشية ، إلا العَين فإنه باطل ، إلا أن يكون حازه لها على يدي غيره ، وكذلك تبطل الثياب التي تلبس والسلاح وما كان يبتذله ، وما سكن من الدور حتى مات .

قال القاضي ابن زرب : انه إن كانت الـدنانير أو ما سكن من دار تبعاً لما حاز بالصدقة فالجميع نافذة ، وهو الذي قاله ابن زرب من أنه ان كانت الدنانير أو ما سكن من دار تبعاً لما حاز فالصدقة بالجميع نافذة ، لا تصح عندي على مذهب مالك ، لأنها أنواع من الأموال ، فلا يجعل الأقل منها تبعاً للأكثر ، وإنما ذلك في النوع الواحد ، فإن كانت الدار التي سكن هي تبع لما لم يسكن من الدور أو الثياب التي لبس تبعاً لما لم يلبس منها ، أو الناض

---

(١٥) في ق ٢ (الاختلاف) .

(١٦) في ق ٢ ، ق ٣ (أو ليس) .

الذي لم يخرجه عن يده تبعاً لما أخرجه عن يده منه، أو وضعه[١٧] على يدي غيره ، جاز ذلك ؛ وإلا لم يجز هذا على مذهب مالك في أن الدور الكثيرة إن سكن داراً منها كلها أو جلها - وهي تبع لما لم يسكن منها ، جاز له ما سكن وما لم يسكن ، كالدار الواحدة إن سكن منها اليسير جازت للابن كلها ؛ وأما على مذهب أصبغ الذي يقول في الدور الكثيرة، إنه إن سكن واحدة منها أو جلها وإن كانت تبعاً لسائرها ، أن الهبة فيها تبطل ، لأن كل دار منها فكأنها موهوبة على حدة ، فبطل[١٨] ما لبس من الثياب ، وما سكن من الدور ، وما أبقى عند نفسِه من الناض بكل حال ، وبالله التوفيق .

(ومن كتاب الأقضية والحبس)[١٩]

مسـألة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول في رجل تصدق على رجل بميراثه من أبيه بعد أن يموت أبوه وأشهدَ له وقبل ذلك منه ، ثم بدا للمتصدق وقال إني كنت حين فعلت ذلك لا أدري ما أرث نصفاً أو ربعاً[٢٠] ؟ ولا أدري ما عدد ذلك من الدنانير ، ولا من الرقيق ؟ ولا ما سعة ذلك من الأرضين وعدد الأشجار ؟ فلما تبين لي مورثي من أبي وما أرث مما ترك ، رأيت ذلك كثيراً وكنت ظننت أنه دون هذا ، وأنا لا أجيز[٢١] الآن . فقال ابن القاسم إن تبين مما قال أنه لم يكن

---

(١٧) في ق ٢ (أو وضعه له) - بزيادة (له) .

(١٨) في ق ٢ ، ق ٣ (فيبطل) .

(١٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٠) في ق ٢ (نصف أو ربع) .

(٢١) في ق ٢ (أجيزه) .

يعرف يسر أبيه ولا وفره لغيبة كانت عنه ، رأيت أن يحلف ما ظن ذلك ، ويكون القول قوله ، وإن كان عارفاً بأبيه ويسره وان لم يعرف قدر ذلك ، جاز عليه على ما أحب أو كره ؛ وقال أصبغ مثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول سماع عيسى ، فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال أصبغ سمعت ابن وهب ، وسئل عن رجل اشترى بغلين أحدهما فاره والآخر رديء ، فأشهد أن أحدهما صدقة على فلان[٢٢] ابنه ، ثم مات فادعى الابن الفاره وجاء بشهود يشهدون أن أباه تصدق عليه بأحد البغلين ولا يدرون أيهما هو ، وقال سائر الورثة هو الرديء ، قال لا يقبل قوله ولا قول الورثة ، ويجعل له نصف الفاره ونصف الرديء ؛ قال أصبغ : تبطل الصدقة ولا تكون شهادة في الحكم إلا أن يأخذ ما أقرت به الورثة بإقرارهم .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه الشهادة أن الشهود شهدوا أن الميت أشهدهم على أنه تصدق على ابنه بأحد هذين البغلين ـ و[٢٣]عينه لهم ، إلا أنهم لا يدرون أيهما هو منهما ، ولذلك وقع الاختلاف في جواز الشهادة ، فأجازها[٢٤] ابن وهب ولم يجزها أصبغ ، وقول أصبغ هو المشهور في المذهب ، أن شهادتهم تبطل إذا شكوا فيه فلم يدروا أيهما هو

(٢٢) كلمة (فلان) ساقطة في ق ٢ .

(٢٣) في الأصل (أو عينه) .

(٢٤) في الأصل (وأجازها) .

الذي عين لهم أنه تصدق به منهما ، ويأتي قول ابن وهب على ما وقع في أصل الأسدية من كتاب الأَيمان بالطلاق من أن الشهود شكوا فلم يدروا أيهما أهي[٢٥] المطلقة التي قد دخل بها ، أو التي لم يدخل بها ، ويختلف على القول بإجازة الشهادة في إجازة الصدقة ، لأنها إذا جازت صارت بمنزلة من قال قد تصدقت على ابني بأحد هذين البغلين أو ببغل من هـذين البغلين ، أو بعدة من بغاله أو بعدة من خيله ، أو من غنمه ـ دون أن يسميها أو يعينها[٢٦] ، وقد اختلف قول مالك في ذلك : كان يقول أولاً إن الصدقة جائزة ، ثم رجع إلى أنها لا تجوز حسبما وقع من اختلاف قوله في آخر أول رسم من هذا السماع ، فقول ابن وهب في إجازة الصدقة بعد أن أجاز الشهادة على قياس قول مالك الأول في أن الرجل إذا تصدق على ابنه الصغير بعدة من غنمه ، أو من خيله ـ دون تعيين أن الحيازة جائزة ، والصدقة ماضية ؛ وقد مضى ذكر الاختلاف في هذه الشهادة وتحصيله في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، وأما لو[٢٧] كان الميت إنما قال للشهود أشهدكم أني قد تصدقت على ابني بأحد هذين البغلين دون تعيين منه لأحدهما ، لكانت الشهادة جائزة باتفاق والصدقة جائزة على اختلاف .

ومن كتاب البيع والصرف

قال أصبغ : وسمعت ابن القاسم وسئل عن الصفائح والنقر والحلي المكسور ، أفيه ثواب ؟ قال لا ليس في ذلك ثواب ـ يعني إذا وهب للثواب وقاله أصبغ .

---

(٢٥) كلمة (هي) ساقطة في ق ٢ .

(٢٦) في ق ٢ ـ زيادة (أو ينسبها) .

(٢٧) في الأصل (ان) .

قال محمد بن رشد : وقع هذا الرسم ههنا في بعض الروايات وقد مضت المسألة مكررة[٢٨] في رسم أوصى من سماع عيسى والتكلم[٢٩] عليها هناك[٣٠] فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ : سألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل بنصف أرضه وفي الأرض بئر ، أو عين ، إنما حياة تلك الأرض بها ، يقول المتصدق لم أتصدق عليك إلا بالأرض ، وأما الماء فليس لك منه شيء ، وإنما كانت الصدقة مبهمة من غير استثناء ولا محدودة ، وكيف إن تصدق عليه بقطعة من (الأرض) والماء[٣١] فيها أو في غيرها ، هل هو سواء ؟ وكيف إن كان تصدق عليه بجميع الأرض والماء فيها ، فادعى أنه لم يتصدق عليه بالماء ؟ وكيف إن كان الماء يأتيها من أرض (له)[٣٢] غيرها ؟ قال ابن القاسم إذا كان الماء فيها وخرجت الصدقة مبهمة إلى جزء منها مشاع ، فالماء بينهما على قدر ما لهما من الأرض إذا كان الماء في الأرض وإن تصدق عليه بناحية من الأرض والماء في غير ناحية التي قطع له ، حلف المتصدق بالله ما تصدق عليه بالماء ، وكان ذلك له ، وإن تصدق على رجل بأرضه كلها وفيها ماء ، وزعم أنه لم يتصدق عليه بالماء ، فالماء للمتصدق عليه ،

---

(٢٨) في ق ٢ (متكررة) .

(٢٩) في ق ٢ (والكلام) .

(٣٠) في ق ٢ (هنالك) .

(٣١) كلمة (الماء) ساقطة في الأصل .

(٣٢) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

ولا شيء للمتصدق ، فإن كان الماء في غيرها ، حلف بالله ما تصدق عليه بالماء، وكان ذلك له ـ وإن كان الماء يأتيها[٣٣] فهو كذلك . وقاله أصبغ ؛ كل هذا في الذي تصدق بناحية والماء في غيره إذا كان يكون للأرض شرب من غيرها بوجه من الوجوه ، مثل أن يكون للمتصدق عليه إلى جنبها ماء يسوقه إليها ، أو يعتمله بسقيها ؛ فإن لم يكن كذلك على شيء من المصارف ولا المعتمل ولا السبيل إلا ماءها إن لم تسق به بقيت أبداً لا حياة لها وبطلت ؛ رأيت الشرب لها في الماء أيضاً حتى يستثني[٣٤] في الصدقة أنه لا ماء لك . وقال مالك في الذي يتصدق بالأرض فيقول إني نويت أن أتصدق بها بلا ماء ، فالقول في ذلك قوله إذا كان المتصدق عليه يقدر على سقيها من غير ساقية المتصدق ، فأما إن كان لا يقدر على ذلك بوجه من الوجوه ، ولا ينالها الماء إلا من طريق المتصدق ؛ فإني أرى في هذا الموضع أن يقبل قوله ، وأن يكون له من الماء ما يكفيها ؛ وإن تصدق بها مبهمة ، كان له من الماء ما يصلحها على ما أحب المتصدق أو كره .

قال أصبغ : قيل لابن القاسم الرجل يشتري من الرجل الأرض على هذا الوجه أو نصف الأرض مبهمة وهو جار له ولها في أرضه ما يسقي به ، فزعم البائع أنه لم يبعه على الماء ، وإنما باع الأرض على أن يضمها إلى أرضه ويسقيها[٣٥] بمائه ، إلا أنه باع منها ؛ هل يختلف ذلك إذا كان جاره أو أجنبياً[٣٦] ؟ أو هل يختلف في هذا الوجه إذا

---

(٣٣) في ق ٢ (إنما) .

(٣٤) في الأصل (يستثنى لها) ـ بزيادة (لها) .

(٣٥) في ق ٢ (ولا يسقيها) ـ بزيادة (ولا) .

(٣٦) هكذا في ق ٢ ، وفي ص ق ٣ (أجنبي) ـ بالرفع ، وهو تصحيف ظاهر .

باع قطعة من الأرض والماء في غيرها ، وإنما عيش الأرض بالماء ؛ أو هل يستوي ذلك كله ؟ أو هل هو في جاره والأجنبي سواء ؟ أو (هل)[٣٧] يختلف إن كان مبهماً أو غير مبهم ؟ قال ابن القاسم أما[٣٨] إذا كان الماء فيها وباع مبهماً ، فالماء للمشتري ، وليس للبائع عليه مقال، كان الذي باع كلها أو نصفها، أو جزءاً منها، كان جاراً أو أجنبياً، أو كان للمشتري أرض إلى قربها أو ماء، أو لم يكن ؛ فذلك كله سواء إذا باع مبْهماً وكان الماء فيها فهو للمشتري ، قال أصبغ فإن تداعيا البيان والمواطأة على الأرض دون الماء ، تحالفا وتفاسخا ، قال أصبغ قال ابن القاسم : وأما إذا كان الماء ليس فيها وإنما شربها يأتيها من غيرها ، وما باع مبْهم فإنه ينظر ، فإن كان لما قال البائع وجه مثل أن يكون للمشتري أرض إلى جنبها يضمها إليها ويكون[٣٩] شربها منها ، فأرى[٤٠] القول قوله ويحلف ، ثم يحلف المشتري أنه لم يشتر إلا على الماء ، فإذا تحالفا تفاسخا ، ومن نكل منهما فالقول قول الآخر مع يمينه ؛ فإن كان على غير ذلك فالماء للمشتري ، ولا حجة للبائع ، وسواء في هذا أيضاً اشترى الأرض كلها أو بعضها ، إلا أن يدعي البائع الشرط يزعم أنه استثنى الماء وهو في الأرض، وأنكر الآخر أو زعم[٤١] المشتري أنه اشترط الماء وهو في غيرها ، وأنكر الآخر ؛ فإن[٤٢] كان الماء فيها فهو للمشتري ، وإن كان في غيرها ـ وكانت تسقى به

---

(٣٧) كلمة (هل) ساقطة في الأصل .

(٣٨) في الأصل (واما) .

(٣٩) في ق ٢ ، ق ٣ (يكون) .

(٤٠) في الأصل (فإن) .

(٤١) في ق ٢ (يزعم) .

(٤٢) في ق ٢ (فإنه إن كان) ـ بزيادة (فإنه) .

كلها تحالفا وتفاسخا . وقال أصبغ ذلك كله رأيي وهو قولي وهو جيد كله ، وبعضُه قوة لبعض ، وبيان لما قلت لك في الصدقة إذا لم يكن لها سقي وغيرها من التحالف إلا قوله في هذا الحرف الآخر - إذا ادعى البائع الشرط وزعم أنه استثنى الماء وهو في الأرض ، وأنكر المشتري ، فان القول فيه أيضاً أن يتحالفا عليه ولا يكون الماء للمشتري بقوله زعماً[٤٣] - كما قال، ولكن يتحالفان ويتفاسخان على محمل الحديث إذا اختلف البائع والمبتاع ، فالقول ما قال البائع ويتفاسخان ، وذلك ما لم يقبض المشتري ويدخل الغير[٤٤] في الأرض بما يكون فوتا ، فإن أدخل[٤٥] ذلك ، كان القول قول المشتري وكان البائع ههنا مدعياً والمشتري مدعىً عليه ، ولم يجتمع التداعي جميعاً ؛ والأول إذا لم يقبض أو يفوت بغيرهما مدعيان[٤٦] فهو على الحديث بعينه أيضاً ، وسواء كان الماء في الأرض أو لم يكن إذا كان شربها .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في المسألة : الرجل يتصدق بالأرض أو بجزء منها على الإشاعة والماء في غيرها ، أو فيها[٤٧] ، أنه إن كان الماء فيها ، فلا اختلاف في أنه تبع لها في الصدقة ، واختلف إن قال المتصدق إنما تصدقت بها وحدها دون الماء ، فقيل إنه لا يتصدق في ذلك بحال ، وهو مذهب ابن القاسم ومطرف[٤٨] وابن الماجشون ، وقيل إنه يصدق في ذلك مع

---

(٤٣) في ق ٢ (عزما) .
(٤٤) في ق ٢ (التغير).
(٤٥) في ص ق ٣ (دخل).
(٤٦) في ق ٢ (مدعيان جميعاً) - بزيادة (جميعاً) .
(٤٧) في ق ٢ (فيها أو في غيرها) .
(٤٨) في ق ٢ (وقول مطرف) - بزيادة (قول) .

يمينه إذا كان المتصدق عليه يقدر على سقي الأرض من غير ذلك الماء بوجه من الوجوه ؛ وأما إن كان الماء في غير الأرض المتصدق بها ، أو بجزء منها على الإشاعة ، فاختلف في ذلك : قيل إن الماء يبقى للمتصدق ، إذ ليس في الأرض التي تصدق بها ، وهو الذي يأتي على من يدل عليه قول أشهب في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع، ومعنى ذلك: إذا كانت الأرض تستغني عن الماء ، وكان يقدر على سقيها من غير ذلك الماء ؛ وقيل إن الماء للمتصدق عليه ، واختلف على هذا القول إن قال المتصدق (اني)[٤٩] إنما تصدقت بها دون الماء : هل يصدق في ذلك أم لا ؟ فقيل أنه يصدق في ذلك مع يمينه ، إلا أن تكون الأرض لا تستغني عن ذلك الماء بوجه من الوجوه ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية على ما زاده أصبغ فيها . وقيل انه لا يصدق في ذلك ، معناه إلا أن يكون له دليل من شاهد الحال ، مثل أن يتصدق عليه بقطعة من أرضه ليضيفها إلى أرضه وله ما يسقيها به ، فيعلم أنه إنما تصدق عليه بالأرض ليسقيها من مائه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم الذي مضى في رسم شهد من سماع عيسى في الذي يتصدق (ببيت من)[٥٠] داره إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى ، والحكم في الماء في البيع ـ إذا وقع مبهماً في الأرض ، أو في جزء منها ـ والماء فيها أو في غيرها ، ولم يدع أحد المتبايعين في ذلك شرطاً ولا نية ، كالحكم فيه في الصدقة سواء ،إن كان الماء في الأرض فهو للمشتري ، وإن كان في غيرها ويمكن أن يسقي من غير ذلك الماء : فقيل إنه يكون للبائع ، وقيل إنه يكون للمشتري على الاختلاف الذي مضى في الصدقة في ذلك . وأما إذا تداعيا البيان في ذلك والنص عليه ، فقال البائع بعتك الأرض دون الماء ، وقال المبتاع بل اشتريتها منك بمائها ، أو قال كل واحد منهما كانت هذه نيتي ، فقول أصبغ على ما يدل عليه قوله في هذه الرواية أنهما يتحالفان ويتفاسخان على ما

---

(٤٩) كلمة (إني) ساقطة في الأصل .

(٥٠) ما بين القوسين بياض في الأصل .

ادعياه من الإفصاح والبيان على[٥١] نياتهما ، كان الماء في الأرض أو خارجاً عنها على مذهب الحديث ، إلا أن يكون المشتري قد قبض الأرض وفوتها بإدخال العين فيها ، أو بما سوى ذلك مِما يفوتها ، فيكون القول قوله ؛ ومذهب ابن القاسم على ما قاله[٥٢] في هذه الرواية من رواية أصبغ عنه : أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، إلا أن يكون الماء في الأرض أو يكون في غيرها ولا يشبه ما قال البائع ، ويشبه ما قال المشتري بأن لا يكون للأرض سقي من غير ذلك الماء ، فيكون ذلك القول قول المشتري ، فراعى ابن القاسم في هذه الرواية دعوى الأشباه مع القيام ـ وهو خلاف المشهور في المذهب ، ولم يراعه أصبغ على المشهور فيه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول فيمن ضمن عن ابنه نفقة سنين سماها بدنانير سماها في كل سنة ، أولم يسم دنانير إلا أنه قد عرف وجه النفقة فضمن نفقة سنين ، وذلك كله بعد عقد النكاح ، مثل أن يراد أن يقام بابنه ليفرق بينهما ، فضمن لك عنه أبوه ، أرى أن ذلك يلزمه ما كان حياً ، فإذا مات سقط ذلك عنه ؛ وقاله أصبغ ـ وهو الحق ، وكذلك نفقة المطلقة ـ إذا ضمن الابن ، هذه حقوق يقضي بها قد افترضت ، وليس هذا كالذي يضمن في النكاح النفقة ، ذلك شيء لم يأت ، ولم يفرض ، ولم يجب ولا أمر له ، ومجهول كله يكون أو لا يكون ، ومتى يفترقان أو يموتان .

قال محمد بن رشد : جعل الضمان بالنفقة لا يجب إلا بالحياة ، من أجل أنها لم تجب بعد ، فما وجب منها في حياته لزمه، وما وجب منها بعد وفاته لم

---

(٥١) في ق ٢ (أو على نياتهما) ـ بزيادة (أو) .

(٥٢) في ق ٢ (على ما له) .

يلزمه ، بخلاف الحمالة بما قد وجب من الحقوق ، ذلك يجب في حياته وبعد وفاته ، لأنها خرجت على عوض ، وهو ما رضي المحمول[٥٣] له به من ترك ذمة غريمه ، وكان القياس أن يجب عليه ضمان نفقة السنين التي سمى وان مات قبل تمامها إذا عاش ابنه حتى انقضت ، أما إن مات ابنه قبل انقضائها ، فلا يلزمه ضمان ما بقي منها ـ وإن كان حياً ، لأنها تسقط عنه بسقوطها عن ابنه الذي تحمل[٥٤] عنه . وقوله وكذلك (نفقة المطلقة ـ إذا ضمن الابن، معناه : وكذلك)[٥٥] إذا ضمن عن ابنه لزوجته المطلقة نفقة ولدها منه سنين ، فمات قبل انقضاء السنين ، لا يلزمه ضمان ما بقي منها ، فكان[٥٦] القياس أن يلزمه ضمان ذلك في ماله إن مات إذا عاش الابن ، وأما إن مات الابن قبل انقضاء السنين ، فيسقط عن الأب الضامن ضمان ما بقي منها ـ وإن كان حياً بسقوطها عن ابنه الذي تحمل عنه ، وأما إذا تحمل بالنفقة في أصل عقد النكاح ، فهي حمَالة لا تلزم على ما دل عليه قوله في الرواية ، لأن النكاح يفسد بذلك ، فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ، ويسقط الشرط ويكون للزوجة صداق المثل ، وقد مضى بيان هذا في رسم حلف ألاّ يبيع سلعة (سماها)[٥٧] من سمَاع ابن القاسم من كتاب النكاح ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم وسئل عن رجل أعمر رجلاً داراً وجعلها لولده من بعده ، هل يجوز له أن يشتريها[٥٨] من المعمر ،

(٥٣) في ق ٢ (المتحمل) .

(٥٤) في الأصل (حمل) .

(٥٥) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٥٦) في ق ٢ (وكان) .

(٥٧) كلمة (سماها) ساقطة في الأصل .

(٥٨) في الأصل (يشتريه).

وهي لولده من بعده ؟ وهل يجوز للمعمر أن يشتري العمرى من ربها حتى يكون له أصلها ، كما يجوز للمعمر ؟ قال ابن القاسم : أما إذا جعلت لولده من بعده ، فلا يجوز لصاحبها أن يشتريها ، لأن الأب ليس يبيع لقوم بأعيانهم ، ولا يعرف عددهم ؛ وأما المعمر فيجوز له أن يشتريها من صاحبها حتى يكون له أصلها إذا لم يكن لولده من بعده[٥٩] وان[٦٠] كانت لولده من بعده ، فلا يحل له اشتراؤ ها ، لأنه يشتري حق قوم آخرين ، ولا يحل للمعمر أن يشتري حق المعمر وحده أيضاً إذا كانت لولده من بعده ، وإنما يشتري ما يملك به الدار ملكاً تاماً حتى يبيع ويهب ويتصدق ان شاء ؛ وأما أن يشتري شيئاً ، فاذا مضى خرجت من يده[٦١] أيضاً إلى قوم آخرين ، ولا يستطيع فيه بيعاً ولا غير ذلك ، فلا يحل ، وقاله[٦٢] أصبغ . قال أصبغ وانما مكروه ذلك أنها اجارة مجهولة ، وكراء مجهول ، وغرر ومخاطرة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت متكررة في آخر[٦٣] رسم ان خرجت من سماع عيسى ، ومضى الكلام عليها هناك (وفي المواضع المذكورة فيه ، فلا معنى لاعادة ما مضى الكلام فيه)[٦٤] فان مات المعمر نزل ورثته منزلته ، فكان لكل واحد منهم ان يشتري من الخدمة قدر حظه من المرجع عند ابن القاسم . وقال ابن كنانة لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم

---

(٥٩) كلمة (بعده) ساقطة في الأصل .

(٦٠) في ق ٢ (فإن) .

(٦١) في ق ٣ (يديه) .

(٦٢) في الأصل (قاله) .

(٦٣) كلمة (آخر) ساقطة في الأصل .

(٦٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

فيشتروا جميع الخدمة . وقال المغيرة للواحد منهم أن يشتري جميعها ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ سألت ابن القاسم عن الرجل يقول لابنه أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة ، فيصلح نفسه باذن الله ، ويتعلم القرآن ، ثم يموت أبوه وهو لم يبلغ الحوز ـ والمنزل في يدي أبيه ، هل تدري الصدقة له جائزة ؟ قال لا اذا كان انما هو قول هكذا الا أن يعرف تحقيق ذلك باشهاد يشهد له على ذلك، أو[٦٥] يقول لقوم اشهدوا أنه ان قرأ القرآن فقد وهبت له أو تصدقت عليه بعبدي ، أو بقريتي ، فيكون ذلك جائزاً له ـ إذا كان صغيراً في ولاية أبيه ، ويكون ذلك حوزاً له ؛ فأما إذا لم يكن الأمر على هذا ، فاني أخاف أن يكون ذلك منه على وجه التحريض ، فلا أرى ذلك للابن الا على وجه قوي ، مثل ما وصفت لك من الاشهاد ـ ان شاء الله .

قال محمد بن رشد : الظاهر من قوله ولك قريتي فلانة ، تمليكه اياها باصلاحه لنفسه ، وتعلمه القرآن[٦٦] ، وليس بنص على ذلك ؛ ألا ترى أن أهل العلم قد اختلفوا في العبد هل يملك أو لا يملك ، مع اضافة النبي صلى الله عليه وسلم المال لابنه بهذه اللام التي يسمونها لأم الملك ، فقال صلى الله عليه وسلم ـ من باع عبداً وله مال[٦٧] فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع فقال[٦٨] أنت ومالك لابيك فلم يكن هو وماله ملكاً لأبيه ، فلما احتمل

(٦٥) في ق ٢ (أن) .

(٦٦) في الأصل (للقرآن) .

(٦٧) في الأصل (ماله) .

(٦٨) في ق ٢ (وقال) .

أن يريد بقوله ولك قريتي فلانة تسكنها أو ترتفق بمرافقها أو ينفذ أمرك فيهما وما أشبه ذلك ؛ لم ير ابن القاسم أن ينتقل ملكه عنها إلا بيقين وهو أن يقول أشهدكم أنه إذا فعل ذلك ، فقد تصدقت عليه بها ، أو وهبتها له ، وما أشبه ذلك ؛ فتجوز الهبة له(٦٩) ، وتصح له بحيازته إياها(٧٠) - إذا كان صغيراً في ولايته، ولم يجعل ما أوجب له القرية به من اصلاحه نفسه، وتعلمه القرآن - عوضاً لها ، فتمضي له دون حيازة ؛ وفي ذلك اختلاف ، حكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال له ومن أعطى امرأته النصرانية داره التي هو فيها ساكن على أن تسلم فأسلمت ، فلا أراها(٧١) بمنزلة العطية ، لأنها ثمن لاسلامها ، والاشهاد يجزيها عن(٧٢) الحيازة؛ وان مات الزوج فيها وبه أقول . وقال(٧٣) أصبغ : لا أراها الا كالعطية ، ولا بد فيها من الحيازة ، والا فلا صدقة لها . وفي المدنية(٧٤) لابن أبي(٧٥) حازم ، ولابن القاسم من رواية عيسى عنه مثل قول مطرف، وما اختاره ابن حبيب؛ قال وسألت عبد العزيز بن أبي حازم عن رجل قال لابنه إن تزوجت ، فلك جاريتي فلانة ، هل يلزمه ذلك ؟ قال نعم إذا تزوج فهي له ، وإن مات الأب أخذها من رأس المال ؛ قال ابن أبي حازم وإن كان على الأب دين، حاصّ الغرماء بذلك؛ قال عيسى قال ابن القاسم هي له دون الغرماء ان فلس ، وان مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيه شيء ؛ قال ابن القاسم ولو قال لك مائة دينار - إن تزوجت ، كان هو والغرماء سواء في ماله في الفلس والموت جميعاً ، لأنه ليس بشيء(٧٦) بعينه ،

---

(٦٩) في ق ٢ ، ق ٣ (له الهبة) . (٧٠) في ق ٢ (اياها له) - بزيادة (له) .
(٧١) في ق ٢ (أراه) .
(٧٢) في ق ٢ ، ق ٣ (من) .
(٧٣) في ق ٢ (وقال لي أصبغ) - بزيادة (لي) .
(٧٤) في الأصل (المدونة) .
(٧٥) سقطت كلمة (أبي) في ص ق ٣ .
(٧٦) في ص ق ٣ (شيء) - وهو تصحيف .

وقول ابن القاسم أنه يكون أحق بالجارية من الغرماء ، وأنه يحاصّهم بالدنانير ، هو الصحيح ، لا ما قاله ابن أبي حازم ؛ ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب وبالله التوفيق .

مسألـة

قال أصبغ وسئل(٧٧) ابن القاسم عن امرأة تصدقت بمورثها من دار أبيها على رجل ـ وتلك الدار لم تقسم ، فعمد المتصدق عليه ، الى ناحية منها فبنى فيها ، وسكن من غير قسم ، ثم توفيت المرأة ؛ هل له صدقة ؟ قال لا حق للمتصدق عليه فيها ، الا أن يكون شركاؤه هم الذين صالحوه على ناحية ، يرتفق بناحية ويرتفقون بناحية ، فيكون ذلك حيازة ؛ وأما(٧٨) أن يأتي رجل قد تصدق عليه بمورث من أرض (فعمد)(٧٩) الى قطعة فبنى فيها وشركاؤه غيب ، ثم يموت المتصدق بها قبل أن يحوز هذا ، فلا أرى له في ذلك شيئاً ، ولعل ذلك لو قسم صار لغيره ، وقاله أصبغ ؛ الا الموضع الذي ابتنى وحازه بالبنيان ، فاني أرى حصة المتصدق منه خاصة من عرصته للمتصدق عليه الباني ، وأرى ذلك فيه حيازة للمتصدق عليه وعن المتصدق وقبضاً ، فيجوز فيكون(٨٠) قبضاً ويكون شريكاً لشركائه فيه خاصة ، ويبطل ما سوى ذلك من الصدقة بموت المتصدق ، ويرجع الى ورثة شركائه وللشركاء أيضاً .

قال محمد بن رشد : اختلف فيمن تصدق عليه رجل بحظه من دار

---

(٧٧) في ق ٢ (سئل) .

(٧٨) في الأصل (وأما) .

(٧٩) في الأصل (فعمر) ـ وسقطت في ق ٢ ق ٣ ، ولعل الصواب ما أثبته .

(٨٠) في ق ٢ (ويكون) .

أو أرض على الاشاعة وحاز بيتاً من الدار ، أو قطعة من الأرض ، قدر حق المتصدق من ذلك أو أقل أو أكثر ـ والاشراك غيب ، أو حضور دون علمهم ولا إذنهم ـ على ثلاثة أقوال ، أحدها أن ذلك ليس بحيازة يستحق بها شيئاً من الصدقة لا فيما حاز ولا فيما لم يحز ، وهو مذهب ابن القاسم في سماع أبي زيد بعد هذا ؛ وفي هذه الرواية ؛ بدليل قوله فيها ولعل ذلك الذي حازه بعينه لو قسم صار لغيره . والثاني أن ذلك حيازة صحيحة يصح[٨١] له بها جميع صدقته إذا ارتفعت يد المتصدق ، ونزل هو مع اشراكه أو وحده ، فعمر شيئاً من الأرض أو سكن بيتاً من الدار ؛ وهو قول مطرف وابن الماجشون ، قالا ولو لم يعمل المتصدق عليه شيئاً ؛ إلا أنه منع المتصدق من العمارة ، لكان ذلك حيازة تامة ، تصح له بها الصدقة[٨٢] مع الاشهاد ، ونحوه في المدنية[٨٣] لابن كنانة ولابن القاسم[٨٤] أن المنع حيازة،وقد ذكرنا ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى بعد هذا[٨٥] فيما تقدم والثالث أنه يصح له بهذه الحيازة قدر حظ المتصدق مما حاز لا أكثر ، ويبطل ما سوى ذلك ، وهو قول أصبغ ههنا وفي نوازله بعد هذا ؛ وقول ابن القاسم ، على قياس القول في القسمة أنها تمييز حق ، بدليل قوله ولعل ذلك لو قسم صار لغيره ، وقول اصبغ على قياس القول بأنها بيع من البيوع ، ولا اختلاف في أنه اذا نزل مع الاشراك منزلة المتصدق فعمر معهم على الاشاعة ، أو على غير الاشاعة ـ أقل من حق المتصدق ، أو أكثر برضاهم ، أن ذلك حيازة صحيحة تامة ؛ واختلف إذا تصدق الرجل على الرجل بجزء من أرضه على الاشاعة معه فنزل المتصدق عليه مع المتصدق في الأرض وعمرهما معه كما يعمر الشريك مع شريكه على سبيل الاستقصاء

---

(٨١) كلمة (يصح) ساقطة في الأصل .

(٨٢) في ق ٢ (له الصدقة بها) .

(٨٣) في الأصل (المدونة) .

(٨٤) في ق ٢ (لابن القاسم ولابن كنانة) .

(٨٥) جملة (بعد هذا) ـ ساقطة في ق ٢ .

لحقه والمشاحة ، فقيل إن ذلك حيازة وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه،حكى ذلك ابن مزين وقال به،وقيل إن ذلك ليس بحيازة،الا أن يحوز الأرض كلها ، أو يقاسما فيها ، فيحوز ما صار له بالقسمة في الحظ المتصدق به ، وقد مضى في أول السماع إذا تصدق على من يحوز له بجزء من داره ، أو أرضه ، أو عبده على الاشاعة مع نفسه ، والكلام (على ذلك مستوفى)[٨٦] فلا معنى لاعادته .

مسألــة

قال أصبغ وسمعت ابن القاسم يقول قال لي مالك في المرأة تتصدق بمالها كله في سبيل الله ، أو تجعله[٨٧] صدقة،أو تعتقه وهو مالها كله : إن ذلك كله سواء إذا رده الزوج لم يجز منه قليل ولا كثير ؛ قال أصبغ وهو قولهم جميعاً .

قال محمد بن رشد : في قول ابن القاسم في هذه الرواية إذا رده الزوج لم يجز منه قليل ولا كثير ، دليل على أن فعلها على الإجازة حتى يرده الزوج ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك ، وفي هل يرد الجميع ، أو ما زاد على الثلث مستوفى في رسم الكبش من سماع يحيى ، فلا معنى لإعادته ، فليس قول أصبغ وهو قولهم جميعاً بصحيح ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن تصدق على رجل بعبد له واشترط عليه أن له منه خدمة يومين في كل جمعة ، فمات المتصدق فقال ليست أيضاً بصدقة . قال أصبغ أرى الورثة على رأس أمرهم يمضون أو يردون

---

(٨٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٨٧) في ق ٢ (جعلته) .

كما كان للمتصدق في حياته .

قال القاضي : انما رأى الشرط يفسد الصدقة ، لأنه لما شرط من خدمته يومين من كل جمعة ، فقد حجر عليه التصرف في صدقته بالسفر بها والوطء لها ان كانت أمة والتفويت ، فصار كمن تصدق بصدقة وشرط المتصدق عليه ألا يبيع ولا يهب ؛ ألا ترى أنه لما كان الحبس لا يباع ولا يوهب ، جاز[٨٨] فيه هذا الشرط على ما قاله في سماع ابن زيد بعد هذا ، وأجاز ابن كنانة هذا[٨٩] الشرط في الصدقة والحبس ، وقال ان الشرط لا يفسد الصدقة بل يشدها ، والمعنى فيما ذهب اليه ـ عندي ـ أنه رآه شريكاً معه في رقبة العبد بما استثنى لنفسه من خدمته ولذلك أجازه في الصدقة والحبس ، وقال ان الشرط لا يفسد الصدقة[٩٠] ، وقول أصبغ في هذه الرواية أرى الورثة على رأس أمرهم يمضون أو يردون كما كان للمتصدق في حياته خلاف ابن القاسم ، فالصدقة بالعبد على هذا الشرط على مذهب ابن القاسم على الرد حتى يحاز ، وعلى قول أصبغ على الاجازة حتى يرد ؛ لأنه أنزل الورثة منزلته في الاجازة أو الرد ، وقد مضى بيان هذا كله مستوفى في رسم ان خرجت من سماع عيسى في أول مسألة منه فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب القضاء المحض

مسألــة

قال أصبغ وسئل ابن القاسم عن ورثة قام رجل منهم فادعى صدقة عليه من أبيه فسئل البينة على الحوز فأتى بشاهد واحد ، وأن

---

(٨٨) في ق ٢ ، ق ٣ (أجاز) .

(٨٩) في ق ٢ ، ق ٣ (فيه هذا) ـ بزيادة (فيه) .

(٩٠) جملة (وقال إن هذا الشرط لا يفسد الصدقة) ـ ساقطة في ق ٢ .

القاضي وقف له صدقته زماناً حتى يأتي بشاهد آخر فلم يأت به ، ثم إن القاضي أمر بقسمته على الورثة وكانت رقيقاً ومنازل وأرضاً فقسمت واتخذت أمهات أولاد ، وعتق ما عتق ، وغرس في الأرض شجر ؛ ثم ان الذي كان ادعى بالصدقة ظفر بشاهد آخر كان صبياً فبلغ ، أو غائباً فقدم ؛ قال[٩١] ابن القاسم أما ما اتخذ منها أمهات أولاد وما عتق منهم ، فلا سبيل له اليهم ، ويتبع بالثمن الورثة ؛ وأما ما لم يحبل ولم يعتق ، فله أن يأخذه بعد أن يدفع الثمن الذي[٩٢] هو في يديه ممن اشترى ،و[٩٣] يتبع بالثمن الورثة فيأخذ ذلك منهم ؛ وأما الأرض فلا يأخذها حتى يدفع لمن[٩٤] هي في يديه ثمنها وما أنفق فيها جميعاً ، ثم يرجع هو على الورثة بالثمن فيأخذ ذلك منهم، بمنزلة الرجل يشهد عليه الرجلان أنه مات وهما عدلان ثم يأتي الرجل بعد ذلك وقد كان اشتبه عليهما ؛ فإن مالكاً قال في مثل هذا ـ هذا القول فيما فات .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الرواية انه يقضي له بالشاهد الذي أتى به مع الشاهد الأول بعد أن كان قد عجزهُ وقضى بقسمة الميراث فاقتسم وفوت ، خلاف ما في سماع أصبغ من كتاب النكاح في رسم النكاح من قوله فيه : قلت فان عجزه ثم جاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت المرأة أو لم تنكح ، قال قد مضى الحكم ، ومثل ما في المدونة ، إذ لم يفرق فيما بين تعجيز الطالب والمطلوب وقال إنه يقبل منه القاضي ما أتى به بعد التعجيز ـ

---

(٩١) في ق ٢ (فقال) .

(٩٢) في ق ٢ (إلى الذي) .

(٩٣) في الأصل (أو يتبع) .

(٩٤) في ق ٢ (إلى من) .

إذا كان لذلك وجه، وقد قيل انه لا يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز كان طالباً أو مطلوباً ؛ وفرق ابن الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل ، وبين أن يعجزه بعد أن وجب على المطلوب عمل، ثم رجع عليه ، ففي تعجيز المطلوب قولان وفي تعجيز الطالب ثلاثة أقوال : قيل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام ، وقيل بل ذلك فيه وفيمن بعده من الحكام ، وهذا الاختلاف ، انما هو اذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز[٩٥] وأمّا إذا عجزه بعد التلوم والإعذار ، وهو يدعي أن له حجة ، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة ، لأن ذلك قد رد من قوله قبل نفوذ الحكم عليه ، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه ، وقد مضى هذا في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح ، وفي رسم نذر سنة[٩٦] من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وكل من تصدق على من بلغ الحوز[٩٧] فلم يحز لنفسه حتى مرض المتصدق ، فأجازه في مرضه فلا صدقة له ؛ وهو بمنزلة من أوصى لوارث حين منعه في صحته وأسلمه في مرضه ، فلا يجوز ذلك له ، وقال ذلك أصبغ ؛ الا أنه لا يحاص بها أهل الوصايا ، كما يحاص بوصية[٩٨] الوارث ، ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن ، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها ، وترجع ميراثاً كالإقرار بدين لوارث في المرض مما كان[٩٩] فيه من التوليج والتهمة سواء .

---

(٩٥) كلمة (بالعجز) ساقطة في الأصل .

(٩٦) في ق ٢ (سنة يصومها) - بزيادة (يصومها) .

(٩٧) في الأصل (الحلم) .

(٩٨) في الأصل (وصيته) .

(٩٩) كلمة (كان) ساقطة في ق ٢ ، ق ٣ .

قال محمد بن رشد : قوله : وكل من تصدق على من يبلغ الحوز - يريد من الورثة ، لأن من تصدق على أجنبي في صحته بصدقة فأجازه إياها في مرضه ، يصح له إن مات منه في ثلثه ؛ وقوله الا أنه لا يحاص بها أهل الوصايا كما يحاص بوصية الوارث ، ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن ، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها الى آخر قوله ، هو من قول ابن القاسم - مُتعلق بقوله - وهو بمنزلة من أوصى لوارث لا من قول أصبغ ؛ والفرق بين هذا وبين الذي يوصي لوارث بين ، وذلك أن الذي أوصى لوارث قد أراد إدخاله على الموصى لهم ، فكان من حق الورثة أن ينزلوا منزلته في محاصة أهل الوصايا ، اذا[١٠٠] لم يجيزوا له الوصية ؛ والذي تصدق على وارث في صحته وأجازه في مرضه ، لم يرد ادخاله على الموصى لهم ، وانما أراد أن يأخذ صدقته من رأس ماله .

وأما قوله : ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن ، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها ؛ فكان من أدركنا من الشيوخ يحملون ذلك على أنه خلاف لقوله في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي يتصدق في صحته ،ولا يخرج ذلك في يديه حتى يقول إن الوصايا تدخل فيه ، بخلاف إذا قال في مرضه قد كنت تصدقت على فلان بكذا ، أو قد كنت أعتقت عبدي فلاناً في صحتي ، فإن الوصايا لا تدخل فيه ، والذي أقول به أن هذه المسألة ليست بخلاف لما وقع في رسم أمهات الأولاد وكتاب الوصايا[١٠١] لأن هذه المسألة لما أجاز فيها الوارث في مرضه ما كان تصدق عليه به في صحته ، تبين أنه أراد أن يخرج ذلك لوارثه من رأس ماله ؛ فوجب ألا تدخل فيه الوصايا ، وأن يكون للورثة اذا لم يجيزوه[١٠٢] وأما مسألة

---

(١٠٠) في الأصل (إذ) .

(١٠١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٠٢) في ق ٢ (يجيزوه فيه) - بزيادة (فيه).

أمهات الأولاد ، فالوجه فيها أنه لما لم يحـز ما تصدق به حتى مات ، حمل عليه أنه أراد أن يبطل صدقته ، فوجب أن تدخل فيها الوصايا ، وقد روى ابن وهب عن مالك أن الوصايا لا تدخل فيه ؛ والوجه في ذلك أن الصدقة إنما ردت بعد الموت بالحكم للتهمة التي لحقت المتصدق في صدقته ، اذ لم يَحُـزها حتى مات ؛ فانه أراد أن يخرجها من رأس ماله بعد موته ؛ فوجب ألا تدخل فيها الوصايا ، ولا يدخل هذا الاختلاف في هذه المسألة ، ولا في مسألة الذي يقول في مرضه : قد كنت تصدقت في صحتي على فلان بكذا وكذا ، أو[١٠٣] قد كنت أعتقت في صحتي عبدي فلاناً ـ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يتصدق بميراثه على رجل ، فيقول في صدقته : أشهد لك أني قد تصدقت على فلان بجميع ميراثي ـ وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمك ، والرقيق والثياب والدور ، والبور ، والأرض البيضاء ، فإنها لي ، وفي تركة الميت جنان لم ينصها أو غير ذلك ؛ هل يكون جميع ما نص (وما لم ينص) للمتصدق عليه الا ما استثنى ، أم لا يكون له إلا ما نص ، وقد قال في أول صدقته أشهدكم أني قد تصدقت على فلان[١٠٤] بجميع ميراثي أو قال بميراثي في كذا وكذا ، إلا كذا وكذا .

قال أصبغ : أرى[١٠٥] له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه وأرى الجنان اذا[١٠٦] كان يعرفه داخلاً في الصدقة ، لأنه انما استثنى

---

(١٠٣) في الأصل (وقد) .

(١٠٤) جملة (اشهدكم أني قد تصدقت) ـ ساقطة في ق ٢ ، ق ٣ .

(١٠٥) في الأصل (ان) .

(١٠٦) في الأصل (ان) .

الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان ، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس ، وكذلك تسمى وتنسب وتعرف فتكون له باستثنائه[١٠٧] .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه قد تصدق عليه بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء ، فوجب أن يكون الجنان داخلاً في الصدقة ، إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء ـ كما قال ـ وإن كان لم يسم الجنان فيما سمى ، لأنه لما تصدق بجميع ميراثه واستثنى منه الأرض البيضاء تبين[١٠٨] أنه لم يرد بما سمى استيعاب جميع المورث ؛ وقوله فيه أنه داخل في الصدقة إن كان يعرفه ، صحيح على ما مضى من مذهب ابن القاسم في رسم الأقضية والحبس من هذا السماع أن هبة الميراث جائزة[١٠٩] إن لم يعلم قدره ، الا أن ينكشف أنه أكثر مما ظن به على زعمه ، فيحلف على ذلك ولا يلزمه ، ويأتي على ما ذكرناه هناك من قول ابن عبد الحكم في أن هبة المجهول جائزة وإن ظهر له أنها كانت كثيرة بعد ذلك أن يكون الجنان للمتصدق عليه إذا تصدق عليه بجميع مورثه : الا ما استثناه منه وان لم يعلم بالجنان ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول في الجارية توهب للثواب ان الوطء فيها إذا وطئها فوت تجب به القيمة عليه ، وكذلك الاعتصار إذا وطئها الابن لم يكن للأب أن يعتصر . قال أصبغ حبلن

---

(١٠٧) في ق ٢ (يسمى ، ينسب ، يعرف ، يكون) ـ بالياء فيها جميعاً .

(١٠٨) في الأصل (بين) .

(١٠٩) في ق ٢ (جائز) .

أولم يحبلن(١٠٩م) سواء، قال ابن القاسم ولكن التفليس إذا(١٠٩م١) فلس المشتري بعدما وطئها أخذها صاحبها ـ وهي سلعته بعينها ـ وهو أولى بها ، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها يوم وهبها ويأخذوها .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في الجارية توهب للثواب ان الـوطء فيها ـ إذا وطئها فوت تجب به القيمة عليه ، وهو مثل ما تقدم من قوله في رسم العتق من سماع عيسى والاختلاف في ذلك ، بل قد قيل إن الغيبة عليها فوت تجب بها(١٠٩م٢) القيمة عليه، وهو قول مطرف وابن الماجشون، وأصبغ . وقوله أيضاً أنه إذا وطئها الابن لم يكن للأب أن يعتصرها ، هو مثل ما مضى من قوله في رسم باع شاة من سماع عيسى ، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أن الوطء لا يقطع الاعتصار ، لأن ذلك لا يمنعه من بيعها ، وما يريد من الانتفاع بثمنها ، إلا أنها توقف بعد العصرة ، فإن صح رحمها تمت العصرة، وإن ظهر الحمل امتنعت العصرة؛ وأما وطء الذي(١٠٩م٣) وهبت له هبة ثواب، فلا اختلاف في أنه(١٠٩م٤) ليس بفوت يحول بينه وبين أخذها في التفليس، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها ، أو يأخذوها ! قال في هذه الرواية يوم وهبها ، ومثله في أول رسم من سماع ابن القاسم ، وقد مضى هناك ذكر الاختلاف في ذلك وتوجيهه ، فلا معنى لإعادته . وسمي الموهوب له مشترياً في قوله لو فلس المشتري ، لأن الهبة للثواب بيع من البيوع .

(١٠٩م) في ق ٢ (حملن او لم يحملن) .
(١٠٩م١) في ق ٢ (لو) .
(١٠٩م٢) في ق ٢ (به) .
(١٠٩م٣) في الأصل (التي) .
(١٠٩م٤) في ق ٢ (أن ذلك) .

(ومن كتاب المدبر والعتق)(١٠٩)

مسـألة

قال أصبغ : قال لي ابن القاسم فيمن وهب نصف كتابة مكاتبه لرجل ، أنه إن عجز ، فهو شريك له فيه بذلك ، لأن مالكاً قال إذا وهب له الكتابة فعجز ، فهو عبد للموهوب(١١٠) له ، وقاله أصبغ كله ؛ وكذلك الأجزاء كلها . قلت لابن القاسم فوهب نجماً ولم يسمه كيف يستأديان نجومه ، قال يكون شريكاً في النجوم كلها ـ بقدر ذلك . قال أصبغ يريد بقوله نجم من عدد النجوم ـ إن كانوا خمسة فخُمُس كل نجم على هذا الوجه . قال أصبغ : قال ابن القاسم فإن(١١١) عجز كان شريكاً في الرقبة أيضاً بقدر ذلك ، قال أصبغ يريد بقوله نجم من عدد النجوم ، إن كانوا خمسة فخمس كل نجم على هذا الوجه . قال أصبغ قال ابن القاسم فإن عجز كان شريكاً في الرقبة أيضاً بقدر ذلك بمجرى النجوم ؛ قال أصبغ وإن سمي نجماً بعينه وهبه فعجز العبد ، فلا أرى له فيه شركاً ؛ لأنه كأنه إنما وهب مال ذلك النجم ـ إن تم ، فإنما وهب له مـالاً إلا أن يزعم الواهب غير ذلك ، والقول في ذلك قوله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة ، لا وجه للقول فيها على المشهور في أن بيع جزء من أجزاء الكتابة جائز ، كما يجوز بيع

---

(١٠٩) العنوان ساقط في الأصل .

(١١٠) في الأصل (للواهب) .

(١١١) في ق ٢ ، ق ٣ (وان) .

جميعها ، وهو قول مالك في موطئه[١١٢] ويأتي على القول بأنه لا يجوز بيع جزء من أجزاء الكتابة ،لأن الهبة في ذلك لا تحوز على الثواب[١١٣] ، وسيأتي الكلام على هذا إن شاء الله في رسم (نذر من سماع أبي القاسم من كتاب المكاتب ، وفي رسم)[١١٤] الكبش من سماع يحيى منه ، وبالله التوفيق .

(من مسائل[١١٥] سئل عنها أصبغ بن الفرج)[١١٦]

مسألة

وقال أصبغ في امرأة تصدقت على زوجها بجارية لها وكتبت له كتاباً فيه تصدقت عليه بجاريتها فلانة التي اشترتها من فلان وولدها ، فقال الزوج تصدقت علي بالجارية وولدها ، فقالت إنما نسبت الجارية إلى ولدها (ولم أتصدق عليك بولدها)[١١٧] والجارية وولدها في بيت الرجل الذي فيه امرأته ؛ فقال إن كانت اشترتها هي وولدها ، فالقول ما قالت ، ولا يأخذ الزوج الولد ، وله الأم وحدها ولا يفرق بينهما .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنها إن كانت اشترتها هي وولدها، فالقول قولها إنها لم تتصدق عليه بالولد يريد مع يمينها؛ وإن كانت لم تشترها مع ولدها ، فلا تصدق فيما ادعت ، لأنها قد تبين كذبها ، ويأخذ

(١١٢) انظر ص ٥٦٩ ـ ٥٧١ .
(١١٣) في ق ٢ (على الثواب لا تجوز) .
(١١٤) ما بين القوسين ساقط في ص ق ٣ ، والمعنى يقتضيه .
(١١٥) في ق ٢ زيادة (نوازل) .
(١١٦) العنوان ساقط في الأصل .
(١١٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

الزوج الولد مع الجارية على ما في الكتاب الذي كتبت له بالصدقة دون يمين دُوّن ،وإن لم يعرف إن كانت اشترتها مع ولدها أو دون الولد ، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تتصدق عليه بالولد ، لأن الزوج مدع عليها بصدقة الولد ، وبالله التوفيق .

مســـألة

قال(١١٨) أصبغ في رجل تصدق على ابن له صغير بدنانير له عند عبده ، قال إن كان العبد حاضراً فقال السيد للعبد خذ مالي عندك لابني فلان(١١٩) ويشهد له ، فتلك حيازة وهي جائزة وإن كان العبدُ غائباً وأشهد له على الصدقة ودفع كتاب الدين إن كان له كتاب إليه أو إلى من يحوز له ، فهي جائزة .

قال القاضي : معنى هذه المسألة أن الدنانير له قبل العبد ديناً ثابتاً في ذمته ، وذلك بين في آخر المسألة . قوله : ودفع كتاب الدين ان كان له كتاب إليه ، ولو كانت الدنانير له بيد العبد وديعة وما(١٢٠) أشبه ذلك ، لم يجز ، لأن العبد لا يجوز للأب حيازته ، ويد العبد كيد سيده ، وينبغي في الدين أن يحوز ويكتفي بالإشهاد في الغائب والحاضر ، وإن لم يقل له في الحاضر اقبض ما لي عندك لابني ، ولا ادفع(١٢١) كتاب ذكر الحق في الغائب إليه، أو إلى من يحوز له على ما قال؛ كمن وهب لابنه الصغير ديناً له على رجل أجنبي فحيازته(١٢٢) الإشهاد، وإن لم يقل له اقبض ما لي عندك لابني ولا ادفع ذكر

---

(١١٨) في ق ٢ (وقال).

(١١٩) في ص ق ٣ (فلاناً) .

(١٢٠) في ق ٢ (او ما اشبهه) .

(١٢١) في ق ٢ (دفع) .

(١٢٢) في الأصل (لحيازته).

الحق إليه ولا إلى من يحوزه له، بيد أنه إن قال لعبده اقبض ما لي عندك لابني، فاحضر العبد الدنانير وأشهد أنها بيده لابن سيده على سبيل الحيازة، جاز ذلك وبرئت ذمته منها، وإن ادعي ذلك دون الإشهاد، جرى ذلك على اختلاف قول ابن القاسم في هذا الأصل في المدونة في مسألة الغرائر من كتاب السلم وشبهها، وقد حمل ابن المواز هذه المسألة على أن الدنانير التي لرجل على عبده أمانة عنده بيده لابن سيده، واعترض ذلك فقال ليس يعجبنا هذا، إن العبد مال للأب وبيده، فكأنه لم يخرج الدنانير من يده، وحمل ذلك على أن الدنانير دين للسيد على عَبده أظهر لها نص عليه في آخر المسألة، ولا تخلو مع[١٢٣] ذلك من الاعتراض لما اشترط في صحته[١٢٤] الحيازة من أن يقول السيد لعبده خذ ما لي عندكم لابني ولا يحتاج في هبة الدين إلى ذلك، حسبما تقدم في أول رسم من سماع ابن القاسم، ووجه ما ذهب إليه - والله أعلم - أنه حكم للدين لما كان على عبده والعبد ملك له - حكم المال الناض بيده، فأجاز الهبة فيه وإن لم يخرجه عن يده، بأن يقول للعبد الذي هو عليه اقبضه لابني، فيكون ذلك بمنزلة التعيين للدنانير - إذا وهبها لابنه، فالإفراز[١٢٥] لها والطبع عليها - وإن لم يخرجها عن يده على رواية مطرف عن مالك، وظاهر ما في الموطأ[١٢٦] وقد مضى في سماع عبد الملك بن الحسن في معنى هذه المسألة ما فيه بيان لها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الأب يتصدق على ولده الصغار بالدار

---

(١٢٣) في الأصل (يخلو ذلك).

(١٢٤) في ق ٢ (صحة).

(١٢٥) في الأصل (الابراز).

(١٢٦) انظر ص ٥٢٥.

والأرض[١٢٧] ، ثم يموت بعد ذلك والولد صغار ، ثم يقوم[١٢٨] الورثة فيريدون قسمتها ويقولون إن أبانا لم يزل يسكن هذه الدار ، ويحرث هذه الأرض - حتى مات (ويقول الصغار لا علم لنا بما يقولون ، ويقولون إن أبانا لم يسكن ولم يحرث حتى مات)[١٢٩] وأبونا الحائز علينا ، ليس علينا أن نسأل عن شيء ، نحن في صدقة أبينا على حيازة أبينا لنا ، إلا أن تأتوا أنتم بالبينة على دعواكم ، فإنه قد اختلف في ذلك ، قال أصبغ أما الأرض فيمكن[١٣٠] ما يقولون فيها ، وهي على كل حال صدقة وحيازته للصغير حيازة ، وإظهار الصدقة حيازة ، وكالحيازة حتى يعرف خلاف[١٣١] ذلك ؛ على[١٣٢] أنه إنما كان يعتملها لنفسه اعتمالاً دونهم بحالها الجاري فيها قبل الصدقة بها لنفسه وشائه تقوم بذكر بينة تقطعه وتعرفه ، فإن كان كذلك فعسى أن تبطل ، وإلا فهي صدقة ماضية للصغار ، والبينة على الآخرين وهم المدعون ؛ وليس على الصغار تثبيت للحيازة[١٣٣] ، وهي حيازة على ما فسرت لك ، وليس عندنا في هذا كلام ، وهو أصوب والحق في العلم ممن قال غيره . ألا ترى أنه لو تصدق على ولده الصغار بصدقة مثل هذه ، ثم طرأ عليه دين قبل الصدقة ، وقد كان له وفاء به يوم تصدق ، ولم يرد الدين قبل الصدقة

---

(١٢٧) في الأصل (او الأرض) .
(١٢٨) في ق ٢ (فيقوم) .
(١٢٩) ما بين القوسين ساقط في ص ق ٣ .
(١٣٠) في ق ٢ (فقد يمكن) .
(١٣١) في ق ٢ ، ق ٣ (غير ذلك) .
(١٣٢) في ق ٢ ، ق ٣ (من) .
(١٣٣) في ق ٢ ، ق ٣ (بالحيازة) .

أو بعدها ، كانت الصدقة صدقة وكانت الحيازة[١٣٤] حيازة لمثلهم من مثله ، وكانت أولى حتى يعرف خلاف ذلك ، (فبهذا)[١٣٥] يستدل على مسألتك ، وعلى خطأ من قال خلافه ، وعلى قوله والدار في مسألتك كذلك سواء بعد أن يكون قد تخلى من الدار فلا يسكنها ، أو يكون مما لم يسكنها وهي خارجة من سكناه وإشغاله إياها بنفسه وحشمه وماله وعياله ، كحالها قبل الصدقة ، فهذا الذي يبطل وليس تفترق الدار والأرض إلا في التخلي من الدار ، فإن هذا يمكن معرفته وعلمه - كان يسكن أو لم يسكن[١٣٦] ، فإذا عرف[١٣٧] انها مما لم يكن يسكنها ، أو عرف أنه قد تخلى منها ، فهي بمنزلة الأرض - وهي حيزة ، وإن أشكل فلم يدر أكان يسكن أم لا ؟ فإن لم يكن يعرف بسكناها قط ولا نسب ، فهي صدقة أيضاً كالتخلي[١٣٨] (وإن عرف)[١٣٩] أو نسب إلى سكناها قبل صدقتها ، فأرى التثبت ههنا على أهل الصدقة بالتخلي منها ، وذلك إذا عرف بسكناها كلها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة المعنى ، أطال الكلام فيها إرادة البيان لها ، وذلك يرجع إلى أنه في الأرض محمول على أنه إنما كان يعمره لبنيه المتصدق عليهم حتى يثبت أنه إنما كان يعمره لنفسه على حال ما كان يفعله قبل الصدقة ، وفي الدار محمول على أنه كان يسكنها ، أو

---

(١٣٤) في ص ق ٣ (الصدقة حيازة) .

(١٣٥) ما بين القوسين بياض في الأصل .

(١٣٦) في ق ٢ (او لم يسكن) - بزيادة (يسكن) .

(١٣٧) في الأصل (عرفت) .

(١٣٨) في ق ٢ (وهي كالتخلي) .

(١٣٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

يشغلها بمتاعه وحشمه حتى يثبت انتقاله عنها ، وإخلاؤه لها ، وأنه لم يكن قبل يسكنها ولا يشغلها ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألته عن الرجل يتصدق بمبذر أمدا ، أو بحرث زوج من أرضه على ابن له لم يسم له موضعاً من أرضه ، أو بحرث زوج من أرضه ، فلا يعتمل الأرض حتى يموت أو يعتمل بعضها ويبقى منها شيء لم يعتمله ـ قدر الصدقة أو أكثر ، أو قل[١٤٠] ، هل الصدقة جائزة ؟ أو تراها مثل مسألة مالك في الغنم الذي يتصدق بعدد من غنمه ، قال إن كان وسمها وأشهد عليها ، وكُيفت باختلاف الغنم الذي تصدق بها على ابنه وحرثه بالبقر وركوب الدواب ، قال أصبغ لا أراها صدقة حتى تسمى ناحيتها بحدها وعينها ، وإلا كان مثل الذي ذكرت وأشد ، لأن الغنم والخيل تتبعض ، وقد أبطله مالك ، وهو آخر قوله ، والذي أخذنا به ، وقد كان يقول بغيره ممن عمل بقوله الأول أجاز الأولى من مسألتك ولا يعجبني ، ولا أراه ؛ وسواء في هذا اعتمله أو لم يعتمل[١٤١] أو بعضها ، فاما ما أردت من اختلاف الغنم ، واعتمال البقر وخدمة العبيد ـ إذا كانت الصدقة فيهم بأعيانهم ، فإذا كان من ذلك الأمر الخفيف والأمر الممزوج مرة للابن ومرة للأب ومرة ينتفع هذا ، ومرة ينتفع هذا ، ومرة بعض لهذا وبعض لهذا ؛ فهذا جائز وتكون حيازة وصدقة تامة .

قال محمد بن رشد : لا فرق بين أن يتصدق بمبذر أردب من أرضه

---

(١٤٠) في ق ٢ (او اقل او اكثر) .

(١٤١) في ق ٢ ، ق ٣ (اعتملت أو تعتمل) .

أو بعدة من خيله في صحة حيازة الأب لـذلك إذا تصدق به على ابنه الصغير ، فباختلاف قول مالك من الصدقة بعدة من خيله ، يدخل في ذلك ، وقد مضى الاختلاف في ذلك في أول رسم من سماع أصبغ ، ومضى الكلام عليه هناك، وفي رسم طلق ابن حبيب من سماع بن القاسم ورسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ومضى الكلام أيضاً على ذلك[١٤٢] مستوفى في رسم ، إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ؛ وأما ما ذكره في هذه الرواية من اختلاف الغنم واعتمال البقر ، وخدمة العبيد ، وما شبه ذلك ، إن الأمر الممزوج من ذلك جائز ، فقد مضى تحصيل الاختلاف فيه في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مســألة

وعن الأرض تكون بين النفر فيتصدق أحدهم بسهمه على رجل فيعمد المتصدق عليه إلى قدر حقه من الأرض فيعمله وحده ، واشراكه غيب ، أو حضور مستغنين عن عمل حظوظهم ، أو ضعفوا عن عملها ؛ هل ترى ذلك[١٤٣] حيازة ؟ وكيف إن عمر أقل من سهمه[١٤٤] هل يستوجب سهمه كله ؟ قال أصبغ : أرى ألا يكون له (إلا)[١٤٥] مقدار ما كان يصيبه في الجماعة مما حاز خاصة وعمر واعتمل وخلي بينه وبينه[١٤٦] حتى كان ذلك بعينه هو الصدقة، فحاز

---

(١٤٢) في ق ٢ (على ذلك ايضاً) .
(١٤٣) في ق ٢ (هذا) .
(١٤٤) في ق ٢ ، ق ٣ (سهمه كله) - بزيادة (كله) .
(١٤٥) كلمة (الا) ساقطة في ص ق ٣ .
(١٤٦) في ص ق ٣ (وبينهم) .

حصته فيها وترك ما بقي وسلم له الذي كان نصيبه منها ، أو حازوه جميعاً معه كما حاز ، ويبطل سائره وسائر الأرض ؛ قلت أرأيت إن كانت عمارته في عام أقل من حقه ، وفي عام أكثر من حقه أو مثل[١٤٧] اختلفت العمارة في سنين بالأقل والأكثر .

قال محمد بن رشد : قوله إن المتصدق عليه بجزء من الأرض على الإشاعة إذا حاز مكاناً معيناً منها واشراكه غيب ، أو مستغنون عن الحيازة ، أنه يكون له قدر حق المتصدق من الموضع الذي حازه لا أكثر؛هو قوله في رسم الكراء والأقضية من سماعه ، خلاف مذهب ابن القاسم فيه ؛ وقد مضى هنالك تحصيل الخلاف في ذلك ، فلا معنى لإعادته ولم يجبه إذا اختلفت[١٤٨] عمارته في السنين بالأقل والأكثر ، والذي يأتي على مذهبه في ذلك،أن له قدر حق المتصدق من كل موضع عمره- إذا لم يعمر الأشراك شيئاً مما عمر بعد عمارته إياه ، مثال ذلك أن يكون عمر في عام واحد فداناً معلوماً من الأرض ، ثم عمر في العام الثاني فدانين معلومين منها ، ثم عمر في العام الثالث ثلاثة فدادين معلومة أيضاً من جملة الأرض المتصدق بها ، فيكون للمتصدق عليه إن كان تصدق عليه بثلث الأرض ثلث جميع الستة فدادين أو ربعها - إن كان تصدق عليه بربع الأرض ، أو أقل من ذلك ، أو أكثر ؛ وهذا إذا لم يعمر الاشراك بعد عمارته إياه شيئاً[١٤٩] منها ، فإن عمر وأشياء[١٥٠] منها بعد عمارته إياه ، بطلت عمارته فيه ، ولم يكن له بها فيه حق ؛ وأما إن عمر هو بعض الأرض ، وعمر اشراكه سائرها على علم منهم بما عمر ، فإنه يستوجب بما عمر جميع حقه - وإن كان أقل من حقه دون اختلاف (في

---

(١٤٧) في الأصل (مثله) .

(١٤٨) في ص ق ٣ (اختلف) .

(١٤٩) في ص ق ٣ (اشياء) .

(١٥٠) في الأصل (عمر أشياء) .

ذلك)[١٥١] ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألته عن المرأة ذات الزوج تتصدق بالدار على ولدها منه وهم صغار في حجره والزوج ساكن بها في الدار حتى تموت المرأة وهي في الدار مع زوجها وولدها المتصدق عليهم ، أو تتصدق بذلك على كبير بائن عن أبيه فيكريها من أبيه قبل أن يحوزها ، أو يشهد له بسكنى إلى وقت ، أو إلى غير وقت ، ثم تموت المرأة ؛ هل الصدقة جائزة في الوجهين جميعاً ؟ قال أصبغ نعم أرى ذلك جائزاً إذا كان في مسألتك في الصغار قد أمكنت الأب من الدار بعد الصدقة عند الصدقة بأمر معروف حتى لو شاء أن يخرجها أخرجها ، فكان هو الذي بعد ذلك أقرها سكنى[١٥٢] منه ومعه ؛ فأما أن يكون إنما كانت الصدقة اسماً[١٥٣] ثم استمروا على ما كانوا عليه من غير قبض معروف، ولا إمكان[١٥٤] ولا تخلٍ منها إليه، ولا قبض من الكبير الذي ذكرت ولا إمكان ، ثم يكون هو[١٥٥] الذي يكري أباه بعد ويستقبل العمل على ما شاءوا من كراء أو غيره ؛ فهذا الذي يبطل ولا يكون حوزاً ولا قبضاً ، فإذا صح كان حوزاً وقبضاً ، ولم يكن بأدنى حال من أن لو تصدقت بها على الزوج نفسه وأمكنته فسكن بها كما هي ، فإن ابن القاسم يقول في هذا انه جائز له ، وأنه حيازة

---

(١٥١) جملة (في ذلك) ـ ساقطة في الأصل .

(١٥٢) في ص ق ٣ (حكما).

(١٥٣) ثبت في سائر النسخ (اسم) ولعل الصواب ما اثبته .

(١٥٤) في ص ق ٣ (اسكان) .

(١٥٥) في الأصل (هذا) .

وإن[١٥٦] أقرها ، لأن الرجل يسكن امرأته حيث شاء ، فقد صارت له وأسكنها كرهاً منه لها لو أبت ألا تسكنه لم يكن ذلك لها ؛ ويفرق في هذا بين صدقتها عليه ، وصدقته عليها بالمنزل الذي هما فيه ، ويقول إن كان هو المتصدق ولم يخرجه وينقلها إلى غيره يسكن[١٥٧] بها فيه ويتخلى منه ، لم يكن لها حيازة فاستبدل .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة ، إذ لا فرق بين أن تتصدق المرأة على زوجها بالمسكن الذي تسكن فيه معه فيسكن المسكن معهما بعد الصدقة ، إن ذلك حيازة لأن سكناه المسكن[١٥٨] بعد الصدقة حيازة له وإن سكنت فيه معه ، لأن ذلك من حقه أن يسكنها فيه شاءت أو أبت ، ولا بين أن تتصدق المرأة على بنيها الصغار بالمسكن الذي تسكن فيه مع زوجها فيسكنه الأب معها بعد الصدقة، إن ذلك حيازة لبنيه المتصدق عليهم ، لأن سكناه فيها تصدقت به الأم عليهم أو غير الأم حيازة له ، ومن حقه أن يسكنها فيه شاءت أو أبت؛ وقال: إن ذلك جائز إذا كانت[١٥٩] قد أمكنت الأب من الدار حتى لو شاء أن يخرجها منها أخرجها ، ولا يجوز إذا كانت الصدقة اسماً[١٦٠] ثم استمروا على ما كانوا عليه من غير قبض معروف ، ولا إمكان ، ولا تخل منها إليه ولا قبض من الكبير ، ولم يبين هل يكون الأمر محمولاً[١٦١] على الإمكان ، فيجوز حتى يعلم أنه كان على غير الامكان ، أو هل يكون محمولاً على غير الامكان ، فلا يجوز حتى يعلم أنه كان على

(١٥٦) في الأصل (وان لم أقرها) .
(١٥٧) في ق ٢ (ويسكن) .
(١٥٨) في ق ٢ (للمسكن) .
(١٥٩) في ق ٢ ، ق ٣ (كان) .
(١٦٠) ثبت في سائر النسخ (اسم) بالرفع ، ولعل الصواب ما أثبته .
(١٦١) في ص ق ٣ (محمول) ـ بالرفع ، وهو تصحيف .

الامكان ، والصواب في هذا أنه محمول على الامكان ، وجواز الحيازة حتى يعلم أن الأمر وقع على غير الامكان ، مثل[١٦٢] أن تقول له أتصدق عليك بهذه الدار التي في سكنانا على ألا تخرجني منها وتسكن فيها معي ، أو تقول له أتصدق على بنيك بهذه الدار على أن تسكن فيها فتلتزم الكراء لهم ولا تخرجني منها؛ فلا يجوز ذلك ولا يكون سكناه معها فيها حيازة له ولا لهم ، وإنما قلنا إن الأمر محمول على الإمكان حتى يعلم سواه، لأن نفس الصدقة وانتقال الملك بها إليه ، أو إلى بنيه يقتضي الإمكان ، فوجب أن يحمل الأمر على ذلك حتى يعلم سواه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسئل عن رجل وهب لرجل عبدين للثواب ، فأراد الموهوب له أن يأخذ أحدهما بقيمته ويرد الآخر ، وأبى ذلك الواهب ، قال ذلك للموهوب له يأخذ أيهما شاء ، ويرد أيهما شاء ـ إذا أخذ بالقيمة .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ هذا أن للموهوب له أن يأخذ أحد العبدين بقيمته ويرد الآخر ، خلاف نص ما له في المدونة وخلاف ما يوجبه القياس والنظر ، لأنه قادر على أن يأخذهما جميعاً أو يردهما جميعاً ، فليس له أن يرد أحدهما ويأخذ الآخر[١٦٣] كما بيع على الخيار ، أو كسلع استحقت من يد مشترٍ فأراد المستحق أن يأخذ بعضها ، ويجيز البيع في بعضها ؛ بخلاف استحقاق أحد الثوبين ، أو العبدين ، ان الباقي لازم للمشتري ، إذ لا قدرة للمستحق إلا على ما استحق خاصة ، وقد مضى هذا المعنى في رسم العتق من سماع عيسى ، ويتخرج في المسألة قول ثالث وهو الفرق بين أن يكون

---

(١٦٢) في ص ق ٣ (قبل) .

(١٦٣) في ق ٢ (ان يرد لاَحدهما ، ويأخذ للآخر) .

الذي يريد أن يرد هو الأدنى أو الأرفع ، فإن كان الأدنى ، لم يكن ذلك له ، وإن الأرفع كان ذلك له ؛ وهذا القول يأتي على قياس ما قاله ابن القاسم في المدونة في الموهوب له العبدين على الثواب ، يبيع أحدهما ، أن له أن يرد الآخر إذا لم يكن الذي باع هو وجههما ، لأن ذلك من قوله في المدونة معارض لقوله فيها ، أنه ليس للموهوب له العبدين للثواب ، أن يثيبه على(١٦٤) أحدهما ويرد الآخر - إذا لم يكن الذي باع هو وجْههما(١٦٥) - كان الأرفع أو الأدنى ؛ وكذلك قال سحنون(١٦٦) : إذا باع أحدهما لزمه الثواب فيهما جميعاً ، كان الذي باعه هو الأرفع أو الأدنى ، وبالله التوفيق .

مســألة

قيل لأصبغ رجل وهبت له جارية للثواب فوطئها ، ثم أصاب بها عيباً بعد الوطء ، أله أن يردها ؟ قال نعم إن شاء ردها بالعيب مثل البيع ، لأن الهبة بيع من البيوع ، قلت فإن أراد أن يتمسك بها معيبة ويغرم إليه قيمتها أي شيء يكون عليه ؟ أقيمتها معيبة أو قيمتها سليمة ؟ فقال ليس له أن يمسكها إلا بقيمتها سليمة ليس بها عيب ، بمنزلة من ابتاع أمة فظهر منها على عيب وهي قائمة عنده لم تفت ، فإن شاء ردها بعيبها ، وإن شاء أمسكها بجميع الثمن ، فالهبة كذلك إن شاء ردها ، وإن شاء أمسكها(١٦٧) بالقيمة كاملة ؛ قلت فإن فاتت عنده ؟ قال هذا خلاف الأول(١٦٨) ، فإن كان قد أخرج القيمة ، رجع بالعيب فيها على نحو البيع سواء ، وإن كان لم يخرجها ، فعليه

(١٦٤) في ق ٢ (في احدهما) .
(١٦٥) جملة (إذا لم يكن الذي باع هو وجههما) - ساقطة في ق ٢ .
(١٦٦) في ق ٢ (انه اذا) - بزيادة (انه) .
(١٦٧) في ق ٢ (امسك) .
(١٦٨) في ق ٢ ، ق ٣ (الأول) .

قيمتها معيبة ، لأنها ههنا قد لزمته وانقطع خياره في ردها بفوتها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أصبغ ، لأن الوطء[١٦٩] للجارية الموهوبة للثواب فوت تجب به القيمة على الواطىء ويقطع خياره في ردها ، فصارت القيمة في الموهوبة بالوطء كالثمن في البيع[١٧٠] البتل ، فوجب من أجل ذلك إذا وجد عيباً أن يكون مخيراً بين أن يرد أو يمسك بقيمتها التي لزمته بالوطء وهي قيمتها سليمة من العيب الذي وجده بها ، كما يكون مخيراً في البيع بين أن يردها أو يمسكها بجميع الثمن ، وهذا إذا كان الواهب لم يعلم بالعيب ، وأما إذا علم به ، فيكون من حق الواطىء الذي علم بالعيب أن يمسكها ـ إن شاء بقيمتها معيبة ، لأن الواهب لما وهبها ـ وهو عالم بالعيب ، فقد رضي بقيمتها معيبة ، وكذلك في كتاب ابن المواز أنه إذا وهبها وهو يعلم بالعيب ، فليس له إلا قيمتها معيبة ، وإن كانت قائمة ؛ وقال غيره ليس له إلا قيمتها معيبة ـ علم بالعيب أو جهله ، وأما إذا فاتت عند الموهوب له فوتا يمنعه من ردها جملة ، أو من ردها دون أن يرد معها ما نقصها ، فليس عليه أن يمسكها إلا بقيمتها معيبة ، ولا اختلاف في هذا ، وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابن القاسم عن رجل كان له على رجل عشرة دنانير ، فقال له إن تصدقت على ابنك بعشرة دنانير ، فعشرتي التي لي عليك صدقة على ابنك ، فقال الأب اشهدوا اني قد تصدقت على ابني[١٧١] بعشرة دنانير ـ وولده صغير ، فلم يخرجها حتى

(١٦٩) في ق ٢ (في الجارية) .

(١٧٠) في الأصل (المبيع) .

(١٧١) في ق ٢ (ولدي) .

مات ، قال يرجع الذي كانت له على الأب العشرة الدنانير ويأخذها(١٧٢) منه ، لأن الاب لم يفرِز العشرة ولم يخرجها من يديه حتى مات ؛ قال(١٧٣) ولو كان وضعها على يدي رجل لم يكن له أن يرجع بشيء ولكانت للابن .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه لم يتصدق عليه بالعشرة التي له على ابنه الا بشرط(١٧٤) ، ان يتصدق عليه أبوه بعشرة دنانير ، وصدقة الاب على ابنه بالعشرة(١٧٥) دنانير لا تصح له إلا أن يخرجها من يده ويضعها له على يدي(١٧٦) غيره ، أو يفرزها(١٧٧) ويحضرها ويختم عليها بحضرة الشهود ـ على اختلاف في ذلك ، قد مضى ذكره في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم طلق ابن حبيب منه وفي غيرما موضع ؛ فإذا لم تصح صدقته على ابنه بالعشرة دنانير لم تلزمه هو صدقته عليه بالعشرة التي له على ابنه(١٧٨) ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل تصدق على رجل بفدان من أرضه يختاره حيث أحب، فلم يحز المتصدق عليه ذلك حتى استحقت تلك الأرض من صاحبها بقضاء من القاضي ، ثم إن صاحب الأرض الذي

---

(١٧٢) في ق ٢ ، ق ٣ (فيأخذها) .

(١٧٣) كلمة (قال) ساقطة في ق ٢ .

(١٧٤) في الأصل (شرطين) .

(١٧٥) في ص ق ٣ (بعشرة) .

(١٧٦) في ق ٢ (بيد غيره) .

(١٧٧) في الأصل (ويفرزها) .

(١٧٨) في الأصل (ابنه) .

استحقت من يديه ، قام يخاصم فيها يأتي بالشاهد وبالأمر بعد الأمر[١٧٩] ، وبالشيء بعد الشيء ، يخاصم فيها رجاء أن ترد ، فلما كثر الشغب والخصومة اراد الذي استحق الأرض أن يقطع الشغب بينه وبين صاحب الأرض الذي استحق الأرض ، فصالحه ببعضها ، فجاء الذي تصدق عليه بالفدان بعد يطلبه ممن تصدق به عليه[١٨٠] ، قال[١٨١] لو كان يعلم أنه لو ثبت يخاصم - يريد الذي استحقت من يديه ، لم يكن يدرك منها شيئاً لضعف ما يطلب ، لم يكن للذي تصدق عليه بالفدان شيء مما صالح عليه، وان كان يظن أن لو ثبت على[١٨٠] الخصومة ، لرجا أن ترجع اليه الأرض على قدر ما يرى أو يرجى من غير أمر قوي ، ولا بين ، الا بالرجا بينة يدعيها ، أو لأمر يرجى أو لا يرجى[١٨٣] فصولح ببعضها ؛ رأيت للذي تصدق عليه بالفدان أن يصير له نصف فدان مما صار للذي تصدق عليه ، يأخذ ذلك حيث أحب من أرضه ؛ وان كان الذي استحقت من يديه لا يشك أن لو خاصم رجعت اليه ، لما قد تبين عند الناس من البينة العادلة ، فصالح منها ببعضها ، رجع الذي تصدق عليه على صاحب الأرض الذي استحقت من يديه ، فأخذ فداناً من حيث أحب يختار لا يقبض منه شيئاً ، لأنه لو خاصم استرد أرضه كلها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ، ولا

(١٧٩) سقطت جملة (بعد الأمر) في ق ٢ ، ق ٣ .

(١٨٠) في ق ٣ (عليه به) .

(١٨١) في ق ٢ ، ق ٣ (ان) .

(١٨٢) من هنا إلى (كتاب الدعوى والصلح) - ساقط في ق ٢ .

(١٨٣) في الأصل (ولا يرجى) .

لبس في شيء من معانيها ، إذ قد قسمها على ثلاثة أوجه - لا رابع لها ، وذكر الحكم في كل واحد منها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت ابن القاسم عن رجل تصدق عليه وارث بحظه في قرية مبهمة فعمر فيها مع الورثة قدر حظ المتصدق ، ثم هلك المتصدق فاقتسم الورثة القرية فصار للذي كان عمر منها المتصدق عليه مثل ما لغيره من الورثة ، فقال ورثة المتصدق إنما لم يحز ما تصدق به عليه صاحبنا في حياته ، فقال المتصدق عليه قد حزت منها بقدر حظه منها ، وقال الورثة الذي صار لصاحبنا لم يحز ما تصدق به عليه صاحبنا في حياته ، فقال المتصدق عليه قد حزت منها بقدر حظه منها ، وقال الورثة الذي صار لصاحبنا لم يحزه ؛ فقال ابن القاسم وابن وهب ذلك لمن تصدق به عليه إذا كان قد عمر وحاز ، لأنه حين وقع مع الورثة فعمر معهم وحاوزهم فيها فهي حيازة ، لأنه إنما أسلم اليهم حقه بما أسلموا إليه من حقوقهم ، فهي حيازة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أنه يستحق جميع ما وهبه إياه الوارث بتزوله منزلته مع سائر الورثة في العمارة ، وإنما وقع الاختلاف إذا عمر وحده دون سائر الورثة فداناً من الأرض بعينه حسبما مضى بيانه في سماع اصبغ قبل هذا وفي نوَازله ، وبالله التوفيق .

مسألة

وعن رجلين تصدق عليهما رجل بعبده وقال : ان قبلتما ، فقبل أحدهما ، وقال الآخر لا أقبل ؛ فقال : من قبله منهما كان له ما قبل .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب العتق في الذي يقول لعبديه إن شئتما الحرية فأنتما حران ، فشاء أحدهما ولم يشأ الآخر ، أن الحرية تحصل لمن شاء منهما ؛ ومثل قول أشهب في العتق الأول من المدونة(١٨٤) في الذي يقول لامرأتيه إن دخلتما الدار فأنتما طالقتان ، إن الطلاق يلزمه فيمن دخل الدار منهما ، خلاف قول ابن القاسم فيه إنه لا شيء عليه حتى يدخلا جميعاً ، فيأتي على قوله في هذه المسألة ، أنه لا شيء لِمن قبل حتى يقبلا جميعاً ، وفي مسألة الطلاق قول ثالث إنهما يطلقان جميعاً بدخول الواحدة منهما ، لا يدخل في هذه المسألة ، إذ لا يلزم أحدهما قبول الآخر ، وقد مضى الكلام مستوفى على مسألة الطلاق في رسم إن امكنتي من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق ، وباللّه التوفيق .

مســألة

وعن رجل تصدق على رجل بخادم فاشترط عليه لنفسه خمسة أيام في الشهر ، قال ابن كنانة ذلك جائز له ، قلت له هل يفسد هذا الشرط الصدقة ؟ قال : لا ، ولكنه يشدها ، وما حبس لنفسه فهو له ؛ قال ابن القاسم إذا كان حبساً ، فلا بأس بما اشترط ، وإن كانت الرقبة بتلاً ، فلا خير في ان يستثني منها خدمة أيام .

قال محمد بن رشد : قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ لتكررها هناك ، فلا معنى لاعادته ، وباللّه التوفيق .

---

(١٨٤) انظر م ٣ - ج ٧/ ١٦٦ .

مسألة

وسئل عن رجل خرج إلى الأندلس فقال له رجل إن لي على فلان ديناراً أو خمسة دراهم ، فأنت وكيلي فاستأجر في تقاضيه بتلك الخمسة دراهم ، ثم خرج فكلم الذي عليه الدينار والدراهم ، فأعطاه ولم يوله أن يستأجر في الدنانير والدراهم ، وقد كان أمره إذَا أنت قبضت الدينار ، فتصدق به عني ، وكيف ترى في الدراهم ؟ قال يرسلها إليه ويتصدق بالدينار ، كما أمره .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة ، وإنما قال في الدراهم إنه يرسلها إليه وهو لم يأمر بإرسالها ، لأنه لم يأمره أيضاً بإمساكها عند نفسه ، فوسعه الاجتهاد في ذلك بحسن النظر فيها لصاحبها ، فإن أرسلها مع ثقة فتلفت ، لم يكن عليه ضمانها ؛ وإن أمسكها مع نفسه إلى أن يسوقها هو فتلفت ، لم يكن عليه ضمانها أيضاً ، إلا أن تطول إقامته بالأندلس وهو يجد ثقة يوجه بها معه فلم يفعل حتى تلفت ، ولو استودعها هناك عند ثقة حتى يعلم رأي صاحبها فيها فتلفت ، لم يكن عليه فيها ضمان أيضاً ، وقد مضى في رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات في نحو هذه المسألة ما يبين معناها ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم في رجل تصدق على اجنبي بدينار لله ، ثم أدان وحاز الذي تصدق عليه صدقته ، فلم يرد الدين قبْل الصدقة ، أو الصدقة قبل الدين ؛ قال الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة ؛ قال ولو أن رجلاً تصدق على ولد له صغير فحاز له ، ثم أدان بدين ، ولا يدري أيّهما قبل : الصدقة ، أو الدين ؛ قال فالدين أولى إلاّ أن يعلم أن الصدقة كانت قبل الدين .

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل ما تقدم له في رسم الجواب من سماع عيسى ، وساوى أصبغ هناك بين حيازة الكبير لنفسه ، وحيازة الأب للصغير ؛ فجعل الصدقة في الوجهين جميعاً أولى من الدين حتى يُعلم أن الدين قبل ، وقد مضى الكلام على ذلك هناك مستوفى ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال ابن القاسم في العبد إذا كانت له امرأة حُرَّة أنه يمنعها من صدقة مالها ـ إذا كان أكثر من الثلث مثل الجزء .

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل قول مالك في أول سماع أشهب من كتاب النكاح : أن العبد في ذلك بمنزلة الحر ، لأن له حقاً ؛ ولعله قد زادها في مهرها لما لها رجاء أن تتجمل به ، ولعله سيعتق يوماً من الدهر ، خلاف قول ابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ وكتاب المديان والتفليس، وقول ابن القاسم هذا ورواية أشهب عن مالك ، أظهر من قول ابن وهب ، للمعاني التي ذكرها مالك ، مع عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز للمرأة قضاء في ذي بال من مالها، إلا بأمر زوجها[١٨٥] ، إذا لم يخصَّ في ذلك حراً من عبد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال ابن القاسم في رجل قال لِرجل خذ هذه النفقة فاجعلها في سبيل الله ، فقال له رجل إن ههنا امرأة محتاجة ، فقال[١٨٦] له ادفعها اليها، فقال[١٨٧] ، ان كان اوجبها في سبيل الله، فلا يعجبني .

---

(١٨٥) مر تخريج هذا الحديث في كتاب الهبة الثالث ـ رقم (٨٦) .

(١٨٦) كلمة (له) ساقطة في ق ٣ .

(١٨٧) في ق ٣ (قال) .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إن كان اوجبها في سبيل اللّه - وأراد بذلك الغزو ، فلا ينبغي له [١٨٨] أن يصرفها عما أوجبها فيه إلى غير ذلك من وجوه البر ، فان فعل لم يكن عليه ضمانها، مراعاة لقول من يقول من أهل العلم إن للرجل الرجوع في صدقته ما لم يدفعها وكانت بيده ، ولذلك قال ابن القاسم لا يعجبني ، ولم يقل لا يجوز ؛ وكان القياس على مذهب مالك ألَّا يجوز له أن يصرفها عمَّا أوجبها فيه من السبيل - إلى غير ذلك ؛ ولم يأثم إذا فعل ذلك ، إلا ان يضمنها في ماله فيجعلها في السبيل ، ولا يحكم عليه بذلك ، إذ ليست لمعين ؛ وأما ان لم تكن له نية في الغزو ، فقد قال أشهب : القياس في أي سبيل الخير وضع جاز ، والاستحسان أن يجعل في الغزو ، لأنه جل ما يعنون به من قال ذلك ، وأحب إلي أن يكون في سواحل المسلمين المخوفة من العَدو ، ولا أحب أن يجعل شيئاً منها في موضع قلة الخوف ، وباللّه التوفيق .

مســألة

وسئل عن الرجل يقول إن فعلت كذا وكذا ، فكل شيء لي لوجه اللّه ، فحنث ، هل يدخل عليه في رقيقه عتق أم لا ؟ أم هل يقومهم فيخرج ثلث قيمتهم ، فيتصدق بها من[١٨٩] ثلث ماله ، أم كيف الأمر في ذلك - ولم يقل صدقة لوجه اللّه ، قال لا أرى فيهم عتقاً ، إلا أن يكون أرَاد العتق . .

قال محمد بن رشد : إنما لم ير عليه في رقيقه عتقاً ، لأنه لم يحلف بعتق رقيقه ، وإنما حَلف بأن يخرج كل شيء من ماله لوجه اللّه ، فكان مخرج ذلك الصدقة بجميع ماله إذا لم يخصَّ شيئاً من ذلك دون شيء بالتسمية ،

---

(١٨٨) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(١٨٩) في ق ٣ (مع) .

فأجزاه من ذلك الثلث ، ولو خص عبيده بأنهم لله ، أو لوجه الله ـ في غير يمين ؛ أو في يمين فحنث فيها ، لكان مخرجهم العتق ـ على ما قاله في رسم أوصى من سماع عيسى من كتب النذور ، وقد مضى هناك في هذا المعنى ما فيه بيان ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا والحج
من سماع أصبغ بن الفرج من عبد الرحمان ابن القاسم

قال أصبغ : سألت ابن القاسم عن رجل تصدق على رجل بعبد أو دابة فلم يقبضها المتصدق عليه بها حتى باعها المتصدق أو تصدق بها وقد علم بالصدقة أو لم يعلم ؛ فقال ابن القاسم إن كان قد علم بالصدقة ، فلا أرى له شيئاً ، وان كان لم يعلم بها فهو يأخذها ـ إن أدركها ـ إن شاء ، وإن لم يدركها فهو بالخيار : ان شاء الثمن الذي باعها به ، وان شاء القيمة ؛ قال اصبغ وهذا في البيع ، وكذلك الصدقة بها بعد صدقته إن كان المتصدق عليه قد علم بصدقته ، فلم يقُم ولم يقبض حتى تصدق بها على غيره ، فلا شيء له ؛ وإن لم يعلم أو علم ولم يفرط ، فقافصه المتصدق بالندم فيها والصدقة على غيره ؛ فهو أحق بها ، إن أدركها قائمة ، وإن فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها ؛ قال ابن القاسم ولو كان عبداً أو جارية فلم يقبضها حتى اعتقها المتصدق ، فالعتق جائز ماض لا يرد بصدقته ولم يعلم ـ وليس العتق كغيره ، وقد نزلت لمالك فأمضاه ولم يرده ، قال محمد بن خالد : قال لي ابن القاسم : فلو كانت جارية فأحبلها المتصدق ، كانت أم ولد له ، قلت لابن القاسم فهل يكون

عليه قيمتها للمتصدق عليه ؟ فقال لعل ذلك أن يكون . وفي رواية أصبغ ذلك بمنزلة العتق ؛ قال أصبغ قال لي ابن القاسم وان كان عبداً أو جارية فقتلهما رجل ، كانت القيمة للموهوب له ، قيل لاصبغ فلو دبره أو كاتبه أو أعتقه إلى أجل ؟ قال يمضي ما فعل من ذلك ويثبت عقد العتق فيه ، ولا يرجع إلى المتصدق عليه من خدمة المدبر ، ولا من كتابة المكاتب شيء ، ولا من رقبته إن رجع رقيقاً ؛ قلت لأصْبغ فإن كانت قيمة العبد ألف دينار وعليه دين ثمانمائة دينار ، وكان أن بيع اربعة اخماس العبد كله لم يكن فيهم وفاء لدينهم ، لأنه إذا بعض ولم يبع كله بخمس ثمنه ولم يعط فيه إلا الأقل من دينهم ، وان بيع العبد كله ، كان فيه وفاء لدينهم ، وفضل مائتا دينار، قال يباع كله ويعطى أهل الدين دينهم، ويكون ما بقيَ للمتصدق به ولا يكون للمتصدق عليه منه شيء ؛ لأنه إنما كان تصدق عليه بعبد ، فلما استحقه الغرماء من يديه ، فبيع لهم في دينهم ، سقطت صدقة المتصدق عليه ، فكان بمنزلة الذي استحقه مستحق .

قال محمد بن رشد : سألته عن الذي يتصدق بالعبد والدابة على رجل فلا يقبض ذلك المتصدق عليه حتى يبيعه المتصدق ويتصدق به على غيره ، فأجاب ابن القاسم على البيع بأنه إن كان قد علم بالصدقة ففرط في القبض حتى باعها المتصدق ، فلا أرى له شيئاً - يريد لا من صدقة ولا من الثمن ، خلاف قوله في المدونة[١٩٠] إنه يكون له الثمن وإن كان لم يعلم - يريد أو علم ولم يفرطْ ، أخذ صدقته إن أدركها - يريد إلا أن يشاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن ، فيكون ذلك له ، وان لم يدركها كان بالخيار إن شاء اجاز

---

(١٩٠) انظر م ٦ - ج ١٥/ ١١٢ .

البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء أخذ القيمة من المتصدق ؛ ولم يجب ابن القاسم على الصدقة ، ومذهبه في المدونة أن الصدقة بخلاف البيع ، وأنه في الصدقة أحق بها ـ وان قبضها الثاني ، علم أو لم يعلم ـ فرط أو لم يفرطْ ؛ وساوى أصبغ في هذه الرواية بين البيع والصدقة ـ فقال وكذلك الصدقة بها بعد صدقته إن كان المتصدق عليه قد علم بصدقته فلم يقم ولا قبض حتى تصدق بها على غيره ـ يريد وقبض ، فلا شيء له ؛ وان لم يعلم أو علم ـ ولم يفرط ، فهو أحق بها ـ ان ادركها قائمة ، وان فاتت كانت له قيمتها على المتصدق ؛ قال ابن القاسم لو كان عبْداً أو جارية فلم يقبضها حتى اعتقها المتصدق ، فالعتق ماض لا يرد ، علم بصدقته أو لم يعلم ، فالعتق عند ابن القاسم يبْطل الصدقة ـ علم المتصدق عليه أو لم يعلم ، والصدقة لا تبطل عنده الصدقة وهو احق بها ـ علم بها أو لم يعلم ، قبض الثاني أو لم يقبض؛ والبيع يفترق فيه العلم مع التراخي في القبض من غير العلم ، فإن علم وتراخى حتى باعه المتصدق بعد البيع ، واختلف قوله في الثمن لمن يكون ؟ فعلى ما في هذه الرواية يكون للبائع ، وعلى ما في المدونة تكون للمتصدق عليه ؛ وإن لم يعلم كان له رد البيع ، وإن شاء أجازه وأخذ الثمن ، وإن تلف عندالمبتاع كان له على البائع[١٩١] الأكثر من القيمة أو الثمن ، واشهب يساوي بين البيع والصدقة ، فيقول انه إذا لم يقبض المتصدق عليه ما تصدق به عليه حتى باعه المتصدق ، أو حتى تصدق به على غيره ، فقبضه المتصدق عليه الآخر ، فلا شيء للأول مراعاة لقول من يرى أن للمتصدق ان يرجع في صدقته ما لم تحز عنه ، وقد مضى في سماع محمد بن خالد تحصيل الاختلاف فيمن تصدق بعبد ثم اعتقه قبل ان يقبضه المتصدق عليه ، وإنه يتحصل في ذلك أربعة أقوال ، ويدخل الاختلاف بالمعنى من مسألة العتق في الصدقة والبيع ، فيتحصل في الصدقة أيضاً أربعة أقوال ، أحدها ظاهر قول ابن القاسم في

---

(١٩١) كلمة (البائع) ساقطة في الأصل .

المدونة أن الأول اخف من الثاني ـ وان قبض ، فرط أو لم يفرط والثاني ظاهر قول أشهب فيها ان الثاني أحق من الأول ، إذا قبض ـ فرط أو لم يفرط . والثالث الفرق بين أن يعلم فيفرط أو لا يعلم . والرابع الفرق بين أن يمضي من المدة ما كان يمكنه فيه القبض ـ لو علم ، أو لا يمضي منها ما كان يمكنه فيه (القبض)[١٩٢] ويتحصل في البيع خمسة أقوال ، أحدها أن المبتاع أحق من المتصدق عليه ـ فرط أو لم يفرط ، وهو قول أشهب في المدونة . والثاني أن المتصدق عليه أحق بما تصدق به عليه وان مضى منها ما يمكنه فيه الحوز ، لم يكن له إلا الثمن إن كان لم يفرط في الحيازة وان كان فرط كان له الثمن وهو مذهبه في المدونة ، والثالث أن المتصدق عليه أحق بما تصدق عليه ان كان لم يفرط في الحيازة ، وان كان فرط فيها لم يكن له شيء ، وهو قوله في هذه الرواية . والرابع الفرق بين أن يمضي من المدة ما يمكنه فيه الحوز لو علم ، أو لا يمضي منها ما كان يمكنه فيه الحوز فإن لم يمض والمدة ما يمكنه فيه الحوز كان أحق بما تصدق به عليه، وان مضى منها ما يمكنه فيه الحَوز لم يكن له إلا الثمن . الخامس أنه إن مضى منها ما يمكنه فيه الحوز ، لم يكن له شيء ، وهذان القولان مخرجان على قول المخزومي في العتق ، وقد مضى في سماع محمد بن خالد تحصيل القول في الذي يتصدق على رجل بجارية فيولدها[١٩٣] فلا معنى لاعادته ، والتدبير والكتابة والعتق إلى أجل كالإيلاء ، سواء فيما يجب للمتصدق عليه قبل ، يبطل ذلك كله وتجوز الصدقة ؛ وقيل يجوز ذلك كله وتبطل الصدقة ولا يكون للمتصدق عليه شيء . وقيل تكون له القسمة إذا بطلت الصدقة ، ويدخل في ذلك الاختلاف الذي ذكرته في العتق بين أن يعلم المتصدق عليه بالصدقة فيفرط في الحيازة أو لا يفرط ، وبين أن يمضي من المدة ما يمكن فيه الحوز ، أو لا يمضي منها ما

---

(١٩٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٩٣) في ق ٣ (ثم يولدها) .

يمكن فيه الحوز ؛ وأما إذا تصدق بالعبد ثم قتله ، فلا اختلاف أحفظه في أن القيمة عليه واجبة للمتصدق عليه . وقوله في الذي تصدق على رجل بعبد قيمته ألف دينار وعليه دين ثمانمائة دينار، ولا يفضل منه عن الدين شيء - إن بيع بعضه لضرر الشركة ، فيبيع كله ، أن الفضل عن الدين يكون للمتصدق لا للمتصدق عليه - صحيح لا اختلاف فيه أحفظه ، والصواب في هذا أن يباع على التبعض ، يقال من يشتري من هذا العبد بعضه بثمانمائة دينار ، فيقول الرجل انا آخذ ثلاثة أرباعه بثمانمائة دينار ، ويقول الآخر انا آخذ اربعة أخماسه بثمانمائة دينار ، ويقول الآخر أنا آخذ تسعة أعشاره بثمانمائة دينار ؛ فإن لم يوجد من يعطي فيه ثمانمائة دينار - على أن يبقى للمتصدق عليه فيه شيء - وان قل،ووجد من يعطي فيه كله أكثر من ثمانمائة دينار ، لم يكن للمتصدق عليه في الفاضل عن الدين من ثمنه شيء ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل أصبغ عن الرجل يقول وهو صحيح - ويشهد أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من مال ابنه فيما زعم ، ويشهد أنه إنما كان يكريها ويغتلها له،وياسمه ثم يموت على ذلك وهو صغير في حجره ، ولا يعلم لابنه مال من وجه من الوجوه لا من مورث ولا من غيره من هبة ولا صدقة،ثم مات الأب؛ قال أرى هذا تولجاً منه إليه، وأراها ميراثاً بين الورثة ، لأنه لم يتصدق بها عليه على وجه الصدقة ، فيحوز له في حياته ، وتكون على وجه صدقة الرجل على ولده الصغير وهو في حجره يتصدق عليه ، ويحوز له ، وهذا لم يسمها صدقة ، إنما ولج اليه ماله وزعم أنه مال للولد ، ولم يعرف له مال بوجه من الوجوه ، فهو يولج إليه ماله ، وهو غير صدقة على وجه الصدقات ؛ وإنما ذلك بمنزلة الذي يقول في مرضه قد كنت أعتقت عبدي فلاناً ، وأنا صحيح ، ولا يقول انفذوه ؛ فهذا باطل ولا يخرج

من الثلث، لأنه إنما أراد به رأس المال، ولم يرد به الثلث، فليس له أن يعتق في مرضه من رأس ماله ، وهو أيضاً لا يعتق في الثلث ، لأن الميت إنما أراد أن يخرجه من رأس المال فلا عتق له إلا أن يقول انفذوه ، فينفذ في الثلث .

قال محمد بن رشد : حمل بعض الناس قول أصبغ هذا على خلاف لما وقع في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم في الذي يشتري لابنه الصغير في حجره غلاماً ، ويشهد أنه إنما اشتراه لابنه ، ثم يموت الأب ؛ انه يكون للابن ولا يكون للورثة الدخول عليه فيه ، وليس ذلك بصحيح، لأنهما مسألتان مفترقتان، هذه قال فيها إنه اشترى لابنه من مال الابن، فإذا لم يعلم للابن مال من وجه من الوجوه، تبين أن ذلك توليج(١٩٤) من الأب لابنه ، ولج إليه ماله وزعم أنه مال الابن ؛ وتلك لم يقل فيها أنه اشترى من مال الولد ، فوجب أن يكون العبد للابن مالاً وملكاً بنفس الشراء ، لأنه إنما اشتراه بمال وهبه إياه فلا يحتاج إلى أن يحوز الأب له عن نفسه إذا لم يتقرر له عليه ملك ، وإنما قول أصبغ خلاف لما في رسم الشجرة من قول مالك في ان الابن ينتفع بحيازة إليه فيما ولج إليه من ماله على غير سبيل العطية ، مثل قول ابن القاسم فيه من رواية عيسى في كتاب داود ، وقد مضى بيان هذا كله مُستوفى في رسم كتب عليه ذكر حق ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

تم الجزء الرابع من الصدقات والهبات ، وبتمامه تم كتاب الصدقات والهبات ، والحمد لله رب العالمين ، والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد سيد الاولين والآخرين ، وسلم كثيراً .

(كتاب الدعوى والصلح)

من سماع ابن القاسم من مالك ـ من كتاب الرطب باليابس[١] .

قال سحنون أخبرني ابن القاسم عن مالك فيمن اشترى سلعة أو تكارى دابة ، فقال اشتريتها لامرأتي نقد الثمن أو الكراء[٢] أو لم ينقد ، وقد حازت المرأة الدابة أو سكنت المنزل ، ثم طلب منها الثمن ؛ فقالت قد دفعته اليك ولا بينة لها ؛ قال إن كان نقد الثمن ، فيمين المرأة بالله لقد دفعت إليه ثمنها ـ وما عندي منه قليل ولا كثير ؛ وإن كان لم ينقد حلف الزوج بالله ما اقتضيت من ثمنها شيئاً ، ثم يأخذه منها ؛ قال سحنون وعيسى : وإن اشهد الزوج عند دفعه الثمن إلى البائع أنه إنما نقد من ماله ، ثم قالت المرأة أنا دفعت إليه الثمن ؛ لم أجعل القول قولها ورأيت القول قول الزوج مع يمينه .

---

(١) ق ٢ : (بسم الله الرحمان الرحيم ، صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم . كتاب الدعوى و الصلح). وفي ق ٣ (كتاب الدعوى والصلح) ـ بإسقاط (بسم الله الرحمان الرحيم . . .) .
وسقط العنوان (كتاب الدعوى والصلح . .) في الأصل .

(٢) جملة (أو الكراء) ـ ساقطة في ق ٢ .

قال محمد بن رشد : قول سحنون وعيسى بن دينار بعيد في النظر ، لانه يتهم على أن يتقدّم بالاشهاد على ذلك ليكون القول قوله ، فلا ينبغي أن يحمل على التفسير لقول مالك ، ووقع في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات في الرجل يوكل الرجل على شراء السلعة فيشتريها وينقد الثمن ، ثم يطلبه من الآمر ، فيقول قد أعطيته لك وإنما اشتريتها من[٣] دراهمي ، أن القول قول الوكيل المشتري مع يمينه ، يحلف ما أخذ منه ثمنها ثم يأخذه منه ، فقال بعض أهل النظر : المعنى فيها أن الآمر لم يقبض السلعة ، ولذلك كان القول قول المأمور ، فليست[٤] بخلاف لما في سماع ابن القاسم في هذه الرواية ، لأن الرجل سفير امرأته على ما قال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور ، والصواب أنها خلاف لها ؛ لانه لم يعلل فيها بقبض السلعة ، ولا يصح أن يعلل بذلك على مذهب ابن القاسم ، لأنها ليست برهاناً له على مذهبه يجب له إمساكها حتى يقبض الثمن ، بل يلزمه دفعها إليه واتباعه بالثمن ؛ وإنما يصح أن يعلل بقبض السلعة على مذهب أشهب الذي يراها رهناً بيده ، من حقه أن يمسكها حتى يقبض الثمن ؛ وإنما وجه ما في سماع عيسى المذكور ، أنه أحل المأمور محل البائع في أن القول قوله أنه لم يقبض الثمن - وإن كان قد[٥] دفع السلعة ، فالفرق بين أن يقبض الآمر السلعة أو لا يقبضها ، قول ثالث في المسألة يخرج على مذهب أشهب ، وفي كتاب ابن المواز قول رابع ان القول قول الآمر نقد المأمور الثمن او لم ينقده ؛ وتفرقة عيسى وسحنون بين أن يشهد الزوج أو لا يشهد ، قول خامس في المسألة ؛ فهذا تحصيل القول فيها ورواية ابن القاسم عن مالك ، الفرق بين ان ينقد او لا ينقد ؛ وقول اشهب الفرق بين أن

---

(٣) في ق ٢ (بدراهمي) .
(٤) في الأصل (فليس) .
(٥) كلمة (قد) ساقطة في ق ٢ .

يقبض الآمر السلعة اولا يقبض ؛ وقول سحنون ، وعيسى الفرق بين ان يشهد المأمور أو لا يشهد ورواية عيسى القول قول المأمور نقد أو لم ينقد ، وما في كتاب ابن المواز ، القول قول الآمر نقد المأمور أو لم ينقد[٦] ؛ وقد مضى هذا كله في الرسم بعينه من هذا السماع من كتاب البضائع والوكالات ، لتكرر المسألة هناك . وقد أجمعوا على أن الرجل إذا بنى في أرض امرأته ، أو في دارها ثم طالبها بالنفقة ، وادعت أنها دفعت ذلك إليه ، أن القول قوله على كل حال ، والفرق بين ذلك وما ذكر هنا ، أنه في هذه المسألة أقر إنما اشترى لامرأته ، ولم يقل في البناء . إنما بنيْت لامرأتي ، ولو قال ذلك لكان فيه كالحكم في هذه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب قطع الشجر

وقال مالك في أمة كانت بين رجلين فجحد أحدهما نصيب صاحبه منها ولم يجد صاحبه بينة حتى ولدت أولاداً كثيراً ، فأعتق منهم ووهب ، ومات بعضهم عنده وباع منهم ، فوجد شريكه البينة وثبت حقه ؛ قال أما ما باع فله نصف الثمن أو نصف الرأس حيث وجده . وأما ما أعتق فله نصف القيمة عليه ، إلا أن يكون لا مال له فيكون له نصف المعتق ونصفه ذو القيمة يوم وقع[٧] ذلك ، ومما يبين ذلك ، أن لو مات أحد ممن أعتق ، لم يكن للطالب على المعتق شيء ؛ فلذلك تكون القيمة يوم وقع[٧] ذلك ، وأما ما

---

(٦) جملة (وما في كتاب ابن المواز . . أو لم ينقد) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٧ ـ ٧) في ق ٢ (رفع).

وهب ، فان له نصيبه من كل رأس أدركه[٨] إن وجده بعينه ، وما مات ممن وهب ، لم يكن للطالب فيهم شيء .

قال محمد بن رشد : قوله فوجد شريكه البينة وثبت حقه ، محتمل أن يكون وجد البينة على ما ادعاه عليه من أنه جحده[٩] نصيبه (فيكون بما ثبت عليه من أنه جحده نصيبه)[١٠] كالغاصب له فيه يلزمه[١١] قيمته إن ماتت الأمة ؛ ويحتمل أن تكون البينة انما شهدت بأن الجارية بينهما ، ولم تشهد بما ادعاه عليه من الجحُود ، فلا يلزمه ضمان نصيبه من الجارية إن مات ـ على مذهب ابن القاسم في رواية أصبغ عنه ، خلاف ظاهر ما في آخر كتاب الشركة من المدونة ، إذ[١٢] لم يفرق في ذلك بين الحيوان وغيره مما لا يغاب عليه ، ولو ادعى أن الجارية بينهما وأثبت ذلك ـ وقد ماتت بعد أن أنكره ولم يدع عليه أنه جحده ، لم يكن له عليه ضمان في نصيبه باتفاق ، فوجه يضمن له فيه نصيبه من الجارية باتفاق ، ووجه لا يضمن له باتفاق ، ووجه يختلف في وجوب الضمان عليه فيه ؛ وقد مضى هذا المعنى موجوداً في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ، وفي نوازل سحنون[١٣] من كتاب الرهون ؛ ولو كان مع الأمة ولد يوم التداعي أنه جحده إياهم مع الأم ، كان حكم نصيبه منهم حكم نصيبه من الأم في ضمانهم بالموت ، ولم يتكلم في هذه الرواية على ذلك ، ولا على موت الأمة ؛ وإنما تكلم على موت ما حدث لها من ولد بعد الجحود ، فقال إنه لا شيء له عليه فيمن مات منهم ، الا أن يكون قد باع

---

(٨) في الأصل (أدرك) .

(٩) في الأصل (جحد) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١١) في ق ٢ (فيلزمه) .

(١٢) انظر م ٥ ـ ج ١٣/ ٨٥ .

(١٣) في الأصل (عيسى) ـ وهو تحريف .

منهم ، فيكون له نصف ثمن ما باع ؛ ولو أدركهم عند المبتاع قبل أن يموتوا ، لكان مخيراً بين أن يأخذ حظه منهم ، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن ؛ وأما ما وهب منهم ، فله حظه فيهم إن أدركهم ؛ وإن ماتوا ، لم يكن له شيء ؛ وأما ما أعتق فله قيمة حظه منهم ، إن كان ملياً ؛ وإن كان معدماً ، أخذ حظه منهم إن أدركهم وكان حظ المعتق منهم أحراراً ؛ وإن لم يدركهم حتى ماتوا لم يكن له على شريكه فيهم شيء ، لأن القيمة إنما تلزمه فيهم يوم الحكم ، فلا شيء عليه فيمن مات منهم قبل ذلك ؛ هذا مذهب ابن القاسم فيما حدث من ولد الأمة بعد الجحُود ـ وإن أقام البينة على ذلك ، لأن الغاصب للأمة لا يضمن عنده ما مات من ولدها الذين حدثوا لها بعد الغصب ؛ وأشهب يرى الغاصب ضامناً لما مات من الأولاد ، بمنزلة ما لو غصبهم[١٤] مع الأمهات ، فعلى مذهبه يفترق الأمر في الأولاد بين ألاَّ يدعي الجحُود ، أو يدعيه فيقيم البينة عليه ، أو لا يقيمها إلاَّ على الملك حسبما حكيناه على مذهب ابن القاسم في الأمهات ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أخذ يشرب خمراً

قال وسئل عن المرأة يسألها زوجها ، وهو مريض ، أن تهب له حظها في داره من ميراثها ، فأبت وقالت إني أحوج اليه منك ، فقال لها : والله لئن لم تفعلي لأضيقن عليك ولا أدعك تأتي أهلك ، ولا أدعهم يأتونك ما دمت زوجتي ؛ فلما رأت ذلك أشهدت له بأنها قد وهبت له ميراثها ، فأوصى فيه ألـها أن ترجع ؛ فقال نعم ، فقال له السائل إن الذي تدعي المرأة من أنه قال لهاذلك، لا بينة لها عليه ، إنما هو شيء تدعيه ؛ أفترى ذلك ينفعُها ؟ قال نعَم ، اني لا[١٥]

(١٤) في ق ٢ (من) .

(١٥) في الأصل (لا أرى) .

أرى ذلك ينفعها ، والمرأة في ذلك ليست كغيرها من الورثة مثل الابن البائن المنقطع عن أبيه فذلك الذي يجوز عليه ما صنع من ذلك .

قال محمد بن رشد : رأى للمرأة أن ترجع فيما وهبت لزوجها من ميراثها منه ـ وإن لم تكن لها بينة على ما ادعت من أنه قاله لها ، بل لها أن ترجع وإن لم تدع أنه خوفها بذلك الكلام ، ولا قاله لها ؛ بدليل قوله والمرأة في ذلك ليست كغيرها من الورثة ، الخ قوله ، وذلك مثل قوله في المدونة[١٦] في الذي يستأذن في أن يوصي لوارث ، وبأكثر من ثلثه فيأذنون له في ذلك ، ان لمن كان منهم في عياله وإن كان مالكاً لأمر نفسه مثل الزوجة ، والابن الذي لم يبن عن أبيه ، وهو في عياله ـ أن يرجع عنه ، اذ لا فرق بين أن يهب[١٧] له ميراثها منه وهو مريض فيقضي فيه ، ثم تريد الرجوع عنه بعد موته ، وبين أن يأذن له في الوصية بأكثر من ثلثه ـ وفي الوصية لوارث فيفعل ، ثم يريد الرجوع عنه بعد موته ، ولو استوهبها شيئاً من مالها[١٨] في مرضه فوهبته إياه ، لم يكن لها أن ترجع فيه على ما مضى في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات ، الا أن يثبت أنه أكرهها على ذلك بالتخويف ، مثل أن يقول لها إن لم تفعلي لأفعلن بك كذا وكذا ، وقد مضى في رسم نقدها من سماع عيسى من الكتاب المذكور ، وفي[١٩] رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات تحصيل القول في هبة الرجل ميراثه من أبيه في صحة أبيه أو في مرضه لبعض الورثة ، أو لأجنبي ، فلا معنى لإعادة ذلك ، وبالله التوفيق .

---

(١٦) انظر م ٦ ـ ج ١٥/ ٧٥ ـ ٧٦ .

(١٧) في ق ٢ (تهب) ـ بالتاء .

(١٨) في ق ٢ ، ق ٣ ساقطة في الأصل .

(١٩) في الأصل (في) .

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد

قال وسئل مالك عن رجل هلك وله امرأة وترك جارية حاملاً فأراد ورثته أن يصالحوا امرأته على حقها ، قال مالك لا يصح[٢٠] في مثل هذا الصلح ، لأنه لا يدري أيكون لها ثمن أو ربع ، فلا أرى هذا يجوز (ولا أحبه)[٢١] .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله أن ذلك لا يجوز لأن الزوجة صالحت قبل أن تعلم إن كان يجب لها ثمن أو ربع ، لأنها إن ولدت حملها ميتاً ، أو انفش ، وجب لها الربع ، وإن ولدته[٢٢] حياً وجب لها الشيء ؛ وصالحها الورثة قبل أن يعلموا ما وجب لهم من الميراث وان كان يجب لهم منه شيء أم لا ، لأنها إن ولدت حملها حياً ذكراً ، لم يجب لهم شيء ، وإن ولدته[٢٢] حياً أنثى وجب لهم ثلاثة أثمان المال ، وان ولدته ميتاً ، وجب لهم ثلاثة أرباعه ؛ فالصلح غرر من جهة الزوجة ومن جهة الورثة ، ولو لم يكن الصلح غرراً ، مثل أن يترك الميت حملاًوبنين،فصالح البنون الزوجة عن ثمنها فيما تخلفه أبوهم[٢٣] بعرض أو بعين عما تخلفه من العروض، لما جاز الصلح على الحمل إن وضعته حياً ، الا أن يجيز ذلك الناظر له ، لما يراه فيه من الغبطة له ؛ وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة كلاماً فيه نظر ، قال إنما لم يجز هذا الصلح ، لأن الذي في البطن ليس ثم أحد يصالح عنه ، ولا يجوز الصلح عنه ؛ وليس ما اعتل به في الكتاب صحيحاً ، لأن الميت لو كان له ابن وترك حملاً لم يجز صلح المرأة مع علمنا بأن نصيبها الثمن من غير

---

(٢٠) في ق ٢ ، ق ٣ (يصلح) .

(٢١) جملة (ولا أحبه) ساقطة في الأصل .

(٢٢ ـ ٢٢) في الأصل (ولدت) .

(٢٣) في ق ٢ (أبوهم من العين بمرض) ـ بزيادة (من العين) .

شك ، لأن الحمل لا يصالح عنه ، وأشهب يجيز هذا الصلح عن الحمل إذا كان نصيب المصالحة معلوماً مثلما ذكرناه ، هذا نص كلامه ، فقوله إنما لم يجز هذا الصلح ، لأن الذي في البطن ليس ثم أحد يصالح عنه ولا يجوز الصلح عنه ؛ ليس بصحيح ، لأن الفساد أملك به ، للغرر الواقع فيه بين المتصالحين ، إذ لم يدر واحد منهم مقدار ما صالح عنهُ على ما بيناه من الحق الواجب في فسخه للمولود ، اذ ليس الصلح بفاسد من جهته ، فلو لم يكن فيه غرر من حهة المتصالحين ، لجاز إن أجازه الناظر للمولود . وقوله : وليس ما اعتل به في الكتاب صحيحاً ، لأن الميت لو كان له ابن وترك حملاً لم يجز صلح المرأة مع علمنا بأن نصيبها الثمن من غير شك ، لأن الحمل لا يصالح عنه ؛ ليس بصحيح أيضاً ، لأن الميت اذا لم يترك ولداً ، فالصلح فاسد لا يجوز إمضاؤه ، للغرر الواقع بين المتصالحين فيه ، وإذا ترك ولداً فالصلح ليس بفاسد ، وإنما هو غير جائز على المولود إن ولد حياً ، إلا أن يجيزه الناظر له ؛ وفي قوله : وأشهب يجيز هذا الصلح عن الحمل إذا كان نصيب المصالحة معلوماً ـ نظر ، لأنه يقتضي أن غيره يخالفه في ذلك ، ولا خلاف عندي في أن للناظر على الحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظراً له ، ولم يكن فيه غرر ولا فساد ، لعلم الزوجة بنصيبها (ولا خلاف[٢٤] عندي في أن للناظر على الحمل أن يصالح الزوجة عنه قبل أن يوضع ـ إذا كان نصيبها معلوماً) ، وبالله التوفيق .

ومن سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الأقضية

قال سحنون أخبرني أشهب وابن نافع ، قالا سئل مالك عمن

(٢٤) جملة (ولا خلاف . . . نصيبها معلوماً) ـ ساقطة في ق ٢ .

أتاه ابن عم له فسأله أن يسكنه مسكناً ، فقال نعم ، خذ مسكناً كذا وكذا ، فقال لا أريد[٢٥] ولكن أعطني مسكناً كذا وكذا ؛ فقال لا أقدر على ذلك ، هو لامرأتي ، ثم جاء ابن عم له آخر ، فسأله اياه ، فقال لا أقدر على ذلك هو لامرأتي ؛ ثم بلغ[٢٦] ذلك امرأته فخاصمته على المسكن ، فقال إنما قلت ذلك تمخياً منهما ، وشهد بذلك عليه ؛ أترى المنزل لها ؟ فقال ما أرى ذلك لها ، ليس هذا على وجه العطية ، والناس يتمخون[٢٧] بمثل هذا ؟ فلا أرى لها شيئاً ؛ قد يطلب السلطان من الرجل العبد ، أو الأمة ، فيقول في الغلام مدبراً ويقول في الجارية قد ولدت مني مخافة أن يأخذهما منه ، فلا يلزمه ذلك ؛ وليس مثل هذا شهادة ولم يشهدوا على ذلك، فلا أرى تلك شيئاً، وقد قال ابراهيم بل[٢٨] «فعله كبيرهم هذا»[٢٩]، وقد خرج عمر بن الخطاب الى الشام فتلقاه عجمها يركب خلف أسلم ، وقلب فروه[٣٠] فجعلوا كلما لقوا أسلم ، قالوا أين أمير المؤمنين ؟ فيقول أمامكم ، أمامكم حتى أكثروا ـ وعمر يسمع ذلك ولا ينهاه ؛ فهذا تصاريف الكلام ؛ فقال له عمر : أكثرت عليهم ، أخبرهم الآن ؛ فسألوه : فقال هو هذا ؛ فوقفوا كالمتعجبين من حاله ، فقال عمر لا يروه على كسوة قوم غضب الله عليهم ، فنحن تزدرينا أعينهم ، ثم لما يزل قابضاً بين عينيه حتى لقيه أبو عبيدة

---

(٢٥) في ق ٢ (أريده) .

(٢٦) في ق ٢ (فبلغ) .

(٢٧) مخى الرجل عن الأمر : أبعده عنه .

(٢٨) كلمة (بل) ـ ساقطة في ص ق ٢ .

(٢٩) الآية : ٦٣ ـ سورة الأنبياء .

(٣٠) في الأصل (برده) .

ابن الجراح فضحك وقال له أنت أخي حقاً لم تغيـرك الدنيا ؛ ولقيه عـلى بعير خطامه حبل شعـر أسود ، قال مالك وتلقى عمر يومئذ ببرذون عار فركبه ثم نزل عنه وسبه، فقيل له ما له؟ فقال حملتموني على شيطان حتى أنكرت نفسي ! وقد روى عيسى عن ابن القاسم مثل هذا سواء في الرجل يقال له أتبيع جاريتك ؟ فقال هي لامرأتي ، أو لرجل أجنبي ، ثم تدعي ذلك المرأة والرجل الأجنبي في حياته ، أو بعد موته ؛ لا شـيء لهما ، إلا أن يأتيا عليه بشهود(٣١) بصدقة قد جرت ، أو هبة ؛ قال : وسواء قال هي لامرأتي ، أو قال هي جارية امرأتي ؛ وإنما هي كذبة كذبها ، وكلام اعتذر به .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة ، وسيأتي مثلها بزيادة عليها في الذي تخطب اليه ابنته فيقول قد زوجتها فلاناً في رسم العشور من سماع عيسى بعد هذا ، وقد مضى مثلها في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات ، والكلام عليها هناك مستوفى ولا فرق عند مالك بين أن يقول في اعتذاره هو لفلان أو قد تصدقت(٣٢) به على فلان على ما قاله في أول سماع أشهب منه ، خلاف ما ذهب اليه أصبغ من الفرق بين ذلك على ما يأتي له في رسم العشور المذكور من هذا الكتاب ، وأن معنى ذلك إنما هو إذا عرف المِلْك له ؛ وأما إذا لم يعرف الأصل له ، فإقراره به للمقر له وإن كان على هذا الوجه من الاعتذار عامل على ما يأتي في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق ، وهو دليل قوله في رسم العشور بعد هذا من هذا الكتاب وبالله التوفيق .

---

(٣١) في ق ٢ ، ق ٣ (بشهود عليه) .

(٣٢) في الأصل (تصدق) .

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن رجل كانت في يده جارية فتسوق بها ، فجاءه قوم فقالوا نحن نشهد أن هذه الجارية مسروقة ، ثم ذهبوا عنه ورجعوا الى بلادهم(٣٣) ؛ أترى أن يخلفها ههنا بالمدينة ، أو يسير بها معهم إلى مصر ، فإن جاءوا يطلبونها وجدوها من قريب ؛ قال : يسير بها معهم إلى مصر ، هو أحب الي من أن يخلفها بالمدينة ، فإن جاءوا يطلبونها ، اشتدت مؤونتها . قلت له(٣٤) أرأيت إن خلفها فماتت ، أترى لهم عليه ضماناً ؟ فقال لا أرى ذلك عليه ، وليس عليه في هذا ضمان ؛ وأنا أحب أن يشهد قوماً عليها فيقول هذه الجارية اعترفت في يدي ، ثم ذهب الذين اعترفوها فلم يأتوني ؛ فإذا كان هكذا ، فلا بأس ، وأحب إلي أن يسير بها معه ولا يبيعها ؛ فقال لا آمره بذلك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة ، ظاهرة المعنى ، فلا وجه للقول فيها ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عمن أتى رجلاً فقال له إن لي عليك عشرة دنانير من ثمن سلعة بعتكها ، فقال الرجل لا ، ولكن لك عندي عشرة دنانير وديعة استودعتنيها فضاعت ، القول قول من زعم أنها وديعة ، ويحلف أنها ما كانت الا وديعة ، وأنها قد ضاعت ، ولا شيء عليه .

---

(٣٣) في الأصل (بلدهم) .

(٣٤) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة[٣٥] لا اشكال فيها ، إذ لا يؤخذ أحد بأكثر ممايقر به على نفسه ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، البينة على من اذعى واليمين على من أنكر[٣٦] . والذي ادعى العشرة دنانير من ثمن سلعة باعها[٣٧] مدعٍ ، عليه إقامة البينة ؛ والذي أنكر ذلك مدعًى عليه ، فعليه اليمين ؛ والقول قوله في تلف الوديعة التي أقر بها، كما لو ثبتت عليه فادعى تلفها ؛ ولا اختلاف في هذه المسألة ، لأن الذي ادعى عليه العشرة من الشراء ، منكر أن يكون اشترى ، فالقول قوله إنه ما اشترى منه شيئاً ، بخلاف اذا دفع اليه مائة أو عشرة ، فقال الدافع دفعتها اليك سلفاً ، وقال القابض بل دفعتها الي وديعة فضاعت ؛ هذه يختلف فيها ، فيقول ابن القاسم القول قول الدافع ، ويقول أشهب القول قول القابض على أصله في أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه ، وهو قول مالك ، رواه عنه ابن وهب ، وقول ربيعة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الذي فيه مسائل ابن القاسم

وسأل ابن كنانة مالكاً عن الرجل في يديه[٣٨] دور ، فيأتي رجل فيقول إن هذه الدور لجدي ، فيسأل عن ذلك ؛ أيقر أم ينكر

(٣٥) في ق ٢ (صحيحة بينة) .

(٣٦) أخرجه البيهقي وابن عساكر من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص والحديث ـ رغم شهرته ـ بين الفقهاء ـ فهو ضعيف ، وقال فيه ابن حجر : انه غريب معلول .
انظر فيض القدير على الجامع الصغير للمناوي ٣/ ٢٢٥ .

(٣٧) كلمة (باعها) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٣٨) في ق ٢ ، ق ٣ (بيده) .

ويقول ليقم البينة على ما ادعى ، فأما أنا فلا أقر ولا انكر ؛ أيجبر على ذلك ، أم يترك على حاله ويقال للمدعي أقم البينة ، فقال اكتب إليه لا بل يجبر حتى يقر أو ينكر لا يترك وما أراد .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة ، أن المدعي للدور التي في يدي الرجل أنها لجده ، يعلم أنه وارث جده بتثبيت المواريث بذلك أو بإقرار المدعى عليه له بأنه وارثه، إذا لو لم يعلم بأنه وارثه لم يجب على المدعى عليه أكثر من اليمين أن الدور حقه وماله وملكه ، لا حق له فيها معه بإجماع واتفاق ؛ وأما إذا علم أنه وارثه ، فقال في هذه الرواية إنه يلزم المدعى عليه أن يقر بأن الدور لجده ـ يريد فيأخذها[٣٩] إذ قد علم ميراثه له ، أو ينكر ـ يريد فيكلف الطالب إثبات ملك جده لها ، وأنه لم يفوتها في علم من شهد بذلك إلى أن توفي عنها ، فإن أبى أن يقر أو ينكر ، أجبر على ذلك ؛ مثل هذه الرواية حكى ابن المواز عَن مالك من رواية ابن الماجشُون عنه ، وقال إنها صواب ، وحكى ابن العطار أن العمل جرى بها ، وهي تحمل على أنها خلاف لما في المدونة لقوله فيها وان لم يثبت لم يسأل الذي في يديه الدار عن شيء ؛ فمن ذهب إلى أنها خلاف لما في المدونة ، قال : الذي يأتي على مذهبه في المدونة انه إذا ادعى أن الدور لجده وثبت المواريث (لم يسأل الذي في يديه الدور : من أين صارت إليه ، ولا إن كانت لجده أم لا ، وإنما يسأل هل يقر أن الدور له أم ينكر ذلك بأن يقول إنها مالي وملكي ، لا حق له معي فيها ، ولا أعلم له حقاً معي فيها . وقد اختلف هل يحلف على ذلك أم لا ، فقيل إنه يحلف ، وقيل إنه لا يمين في دعوى الأصول ؛ وليس في المدونة)[٤٠]ـ عندي ـ ما يخالف هذه الرواية بنصٍ ولا دليل، لأنه إنما تكلم فيها على أن الطالب أثبت أن الدار لجده ، فقال إن ثبت المواريث ، كلف أن

---

(٣٩) في الأصل (فيأخذ) .

(٤٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

يقيم البينة على الوجه الذي صارت اليه من قبل جده ، أو من قبله هو بما يصح أن يثبت به ذلك ، وان لم تثبت المواريث ، لم يسأل الذي في يديه الدار عن شيء ؛ معناه لم يسأل من أين صارت إليه ، ولا هل كانت لجده أم لا ؟ ولا يلزمه أكثر من أن يقر أو ينكر ـ بأن يقول إن الدار ماله وملكه ، لا حق للقائم فيها معه ؛ فتحصيل القول في هذه المسألة ، أن الطالب إذا لم يثبت المواريث ، فسواء أثبت أن الدار لجده أو لم يثبت ذلك ، لا يلزم المقوم عليه سوى التوقيف على الإقرار أو الإنكار ؛ وإذا ثبت أن الدار لجده ، وثبتت المواريث ، كلف الذي هي في يده أن يثبت تصييرها إليه من قبل الذي ثبتت له بما يصح أن يثبت به ذلك من بينة على القطع أو على السماع مع طول الحيازة ، إلا أن يكون الطالب حاضراً معه مدة تكون الحيازة عليه فيها عاملة ؛ واختلف إذا ثبتت المواريث ولم يثبت أن الدار لجده ، فقيل إنه لا يلزم المطلوب أكثر من أن يوقف على الإقرار أو الإنكار ، وهو الذي ذكرنا أنه يتأول على ما في المعونة . وليس ببيّن فيها ؛ وقيل إنه يوقف ويسأل من أين صارت إليه ، وهل كانت لجد القائم وهو قول مالك في هذه الرواية ، قال إنه يجبر على ذلك ، قيل بالسجن وقيل بالضرب ؛ وليس ذلك عندي اختلافاً من القول ، وإنما معناهُ أنه ان أبى أن يقر أو ينكر ، المراد أجبر على ذلك بالسِجن والضرب ؛ وان قال لا أقر ولا أنكر ، لأني لا يقين عندي من ذلك ، استبرىء أمره بالسجن ، فإن تمادى على شكه ، قضي للطالب بحقه ـ قيل بيمين ـ وهو مذهب ابن القاسم على ما له في كتاب تضمين الصناع من المدونة[٤١] في المتبايعين يختلفان في ثمن السلعة، فيموتان وهي قائمة ـ أن ورثتهما يتحالفان ويتفاسخان إن ادعيا معرفة الثمن ، وان ادعى أحدهما معرفته وجهل الآخر ، كان القول قول من ادعى المعرفة منهما مع يمينه ، وعلى ماله أيضاً في رسم نقدَها بعد هذا من سماع عيسى في الذي يقر للرجل بأحد ثوبين بعينهما[٤٢] ،

---

(٤١) انظر م ٤ ـ ج ١١ / ٣٩٣ ـ ٣٩٤ .

(٤٢) في ق ٢ (بعينه) .

ولا يدري أيهما هو ، أن المقر له يحلف إن ادعى أجودهما ، وقيل بغير يمين ؛ وإلى هذا ذهب محمد بن المواز ، واستحسن إذا تمادى على شكه أن يحلف أنه ما وقف عن الإقرار أو الانكار ، إلا انه على غير يقين ؛ فإن حلف على ذلك ، قضى للطالب بحقه دون يمين ؛ قاله في المال مثل أن يدعي رجل على رجل بستين ديناراً فيقر له بخمسين ، ويأبى أن يقر أو ينكر في العشرة ؛ وقاله أيضاً في الدور إنه إن أبى أن يقرّ أو ينكر ، قضي[٤٣] للطالب دون يمين ، وكذلك إذا أبى أن يقر أو ينكر إلداداً بصاحبه ، فتمادى على إبايته بعد السجن والضرب ، يقضي للطالب بحقه ـ قيل بيمين ، وقيل بغير يمين ، وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار (من ابن القاسم) من كتاب نقدها[٤٥]

قال عيسى بن دينار (سئل ابن القاسم)[٤٦] عن الرجل يدعي زيتوناً قبل رجل، أن له اصله[٤٧] وثمره، وأثبت شاهداً واحداً ، فطلب أن يجعل وكيلاً له على الثمرة يحوزها في الجني والعصر حتى يستحق حقه ، وطلب الذي هي في يديه[٤٨] ، أن يقوم عليها ليبيعها ، وجل الناس ـ عندنا ـ لا يبيعون إنما يعصرون ؛ قال إن كان الشاهد عدلاً ، فينبغي للوالي[٤٩] أن يحلفه عليها ويدفع إليه الثمرة

(٤٣) جملة (قضي للطالب . . . أو ينكر) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٤٤) وجملة (من ابن القاسم) ـ ساقطة من ص ق ٣ .

(٤٥) في ق ٢ (نقدها نقدها) .

(٤٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٤٧) في ق ٢ (أصلها) .

(٤٨) في ق ٢ ، ق ٣ (يده) .

(٤٩) عبارة (للوالي . . . فإني أرى) ـ ساقطة في ق ٢ .

وان كان ممن لا يقضي باليمين مع الشاهد ، فإني أرى للوالي أن ينظر إلى الذي فيه النماء والفضل في بيعه أو عصره فيوكل به رجلاً يثق به من عنده ويوقفْهُ ، فإن اتى بشاهد آخر دفعت إليه ولا أحلفه باللّه : إنه ما يعلم أن ما ادعى صاحبه حق ، ثم يدفعه إليه ، فإن نكل حلف الطالب ودفع إليه ؛ فهذا وجه ثان فيه .

قال محمد بن رشد : اختلف في تأويل هذه المسألة ، فقيل المعنى فيها أن المدعي ادعى الأصول والثمرة جميعاً ، مثل أن يقول اشتريتها بثمرتها أو أقام على ذلك شاهداً واحداً ، فلذلك وقفت له الثمرة بالشاهد الواحد ، إذا كان الوالي لا يرى القضاء باليمين مع الشاهد، فإن أتى بشاهد آخر دفعت إليه، وقيل بل[٥٠] انما ادعى الأصول خاصة ، فرأى توقيف الثمرة بشهادة الشاهد الواحد ، وهو الذي يأتي على ماله في آخر رسم العرية بعد هذا في الذي يدعي الدابة ويقيم عليها شاهداً واحداً فتموت الدابة قبل أن يقضى له باليمين مع شاهده أنه يحلف وتكون المصيبة فيها منه ، لأنه إذا رأى الضمان منه بالشاهد الواحد، التوقيف والغلة تابعان له ، وقد اختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمَان المستحق ، وتكون الغلة له ، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه لا يدخل في ضمانه ولا تجب له الغلة حتى يقضى له به ، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة ان الغلة للذي هي في يديه حتى يقضى بها للطالب ، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الاصل المستحق وتوقيف ، يحال بينه وبينه ، ولا توقيف غلة[٥١] وهو قول ابن القاسم في المدونة ان الرباع التي لا تحول ولا تزول ولا توقف مثل ما يحول يزول ، وإنما توقف وقفاً يمنع فيه من الاحداث والثاني أنه يدخل في ضمانه وتكون له

(٥٠) كلمة (بل) ـ ساقطة في ص ق ٣ ، والمعنى يقتضيها .

(٥١) في ق ٢ (غلته) .

الغلة ويجب توقيفه وقفاً يحال بينه وبينه[٥٢] إذا ثبت له[٥٣] بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين ، وهو ظاهر قول مالك في موطئه ، إذ قال فيه ان الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت له[٥٤] الحق ؛ وقول غير ابن القاسم في المدونة إذ قال ان التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه المدفع ، وعلى هذا القول جرى عندنا حكم الحكام ، والثالث انه يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والوقف بشهادة شاهد واحد وهو الذي يأتي على ما قاله ابن القاسم في رسم العرية في الضمان ـ حسبما ذكرناه ، ويقوم من هذه الرواية على التأويل بأن المدعي انما ادعى الأصل خاصة ، أن الحد فيما يكون به الثمرة في الاستحقاق غلة فيستوجبها المستحق منه ببلوغها إليه ، قيل بالحكم والقضاء وقيل بثبوت الحق بشهادة شاهدين ، وقيل بشهادة الشاهد الواحد على الاختلاف الذي ذكرناه الجني في الزيتون ، والجداد في الثمر ، وقد قيل إن الحد في ذلك الطيب و قيل اليبس ؛ والثلاثة الأقوال كلها لابن القاسم ، وقد ذكرناها وبيناها في كتاب العيوب من كتاب المقدمات[٥٥] ، والله الموفق .

مسـألة

وسألته عن الرجل يقول للرجل في ثوبين له أو عبدين أحد هذين العبدين لك أو أحد هذين الثوبين لك ، ولا أدري أيهما هـو ؟[٥٦] قال يقال للمقر احلف انك ما تدري ان أجودهما للمقر له ، فان حلف أنه ما يعلم أيهما له ، قيل للمقر له احلف انك ما

---

(٥٢) كلمة (وبينه) ـ ساقطة في ص ق ٣ .
(٥٣) كلمة (له) ـ ساقطة في الأصل .
(٥٤) كلمة (له) ساقطة في ق ٢ .
(٥٥) أنظر ص ٥٨٩ .
(٥٦) كلمة (هو) ساقطة في الأصل .

تعلم أيهما هو[٥٧] لك ، فان حلف أيضاً ، كانا شريكين في الثوبين جميعاً ، قيل له فان قيل للمقر الأول احلف ، فنكل عن اليمين فرد اليمين على المقـر لـه[٥٨] قال يقال له احلف ، فإن فعل كانا أيضاً شريكين في الثوبين،وان نكلا جميعاً كان كذلك شريكين في الثوبين أبداً على كل حال ، إلا أن يقول المقر لا أعرفه ، ويقول المقر له أنا أعرفه ؛ فإن زعم المقر له أن ادناهما هو ثوبه ، أخذه بلا يمين ، وان ادعى أجودهما ، اخذه بعد أن يحلف ؛ وإنْ قال المقر أدناهما هو ثوبه حلف ولم يكـن للمقر له غيره ؛ وان[٥٩] ادعى المقر له ان أجودهما له،لم يقبل قوله ولا يمينه إذا زعم المقر أن أدناهما هو ثوبه وحلف على ذلك ، وان زعم المقر أن أجودهما ثوبه أعطيه المقر ولو لم يكن على واحد منهما يمين؛لأنه قد اعطاه أجودهما؛قال عيسى وقال أشهب إذا حلف المقر أو نكل فرد اليمين على المقر له ، فإنه يحلف على البتات على أيهما شاء ، فان نكل عن اليمين ، كان له أدناهما .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم انهما يحلفان جميعاً ، إذا تجاهلا المقر والمقر له ، فإن حلفا أو نكلا ، أو حلف أحدهما ونكل الآخر ، كانا شريكين في الثوبين يأتي على القول بلحُوق يمين التهمَة ، وعلى أنها ترجع ، لأن كل واحِد منهما يتهم صاحبه : يقول المقر له للمقر لعلك تعلم أن أجودهما لي ، فاحلف أنك ما تعلم ذلك ، ويقول المقر للمقر له لعلك تعلم أن أدناهما لك ، فاحلف انك ما تعلم ذلك[٦٠] ، فأوجب اليمين لكل واحد

(٥٧) كلمة (هو) ساقطة في ق ٢ .

(٥٨) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(٥٩) في الأصل (وإذا) .

(٦٠) جملة (ويقول المقر للمقر له . . . تعلم ذلك) ـ ساقطة في ق ٢ .

منهما على صاحبه بذلك ، فإن حلفا جميعاً ، أو نكلا جميعاً ، كانا شريكين فيهما ، كما قال ، لاستوائهما في الحلف ، أو النكول ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر ، كانا أيضاً شريكين فيهما ، لأن الناكل منهما لما نكل وجب ان ترجع اليمين على صاحبه ، فيحلف لقد يعلم أن الاجود له وهو لم يحلف الا أنه لا يعلم أيهما ثوبهُ أو يمين التهمة انما ترجع على البت ؛ قال مالك وهو رجل سوء إن حلف على ما لا علم له به ويأتي على القول بأن يمين التهمة لا تلحق ، أن يكونا شريكين في الثوبين ، ولا يكون لواحد منهما على صاحبه[٦١] يمين ، ويأتي على القول بلحوق يمين التهمة ، وانها لا ترجع ، وانه ان نكل المقر عن اليمين وحلف المقر له، كان له أجود الثوبين، لأنه قد وجب له بنكول المقر ، إذ قد حلف المقر له دون أن ترجع عليه اليمين على البت ؛ لقد يعلم أن اجودهما له ، وأنه إن نكل المقر له عن اليمين وحلف المقر ، كان له أدناهما ؛ لأن المقر قد وجب له أجودهما بنكول المقر له عن اليمين دون أن يرجع[٦٢] عليه على البت : لقد يعلم أن ادناهما له . وقوله : إذا قال المقر لا أعرفه ، وقال المقر له أنا أعرفه أنه ان ادعى الأجود[٦٣] اخذه بعد أن يحلف ، هو مثل قوله في مسألة تضمين الصناع من المدونة ، خلاف ما ذهب إليه محمد بن المواز ، وقد مضى هذا في تكلمنا على رواية ابن كنانة في آخر سماع أشهب . وقوله وان قال المقر أدناهما هو ثوبه حلف ولم يكن للمقر له غيره ، ولا اختلاف في يمينه ان ادعى المقر له أجودهما ؛ وأما إن قال لا أدري ، فلا يمين عليه عند ابن المواز حسبما ذكرناه عنه ؛ ووجه قول أشهب أن الأصل براءة الذمة ، ولا يجب الحكم لأحد على احد بما يشك فيه ، فإذا لم يدع المقر له احد الثوبين لم يحكم له إلا بما لا شك فيه ـ وهو الأدنى من

(٦١) في ق ٢ (على واحد منهما لصاحبه) .
(٦٢) في ق ٢ (ترجع) ـ بالتاء .
(٦٣) في ق ٢ (أجودهما) .

الثوبين ، وفي إيجاب اليمين على المقر له في ادعائه الأجود من الثوبين مع أن المقر لا يكذبه في دعواه ، إذ لا يدري أيهما له ، من الاختلاف ما ذكرته عن ابن القاسم ، وابن المواز ، وباللّه التوفيق .

ومن كتاب العرية

وقال مالك في الرجل يأتي إلى رجل[٦٤] يقول[٦٥] هات ثمر جاريتي هذه ، وقد ولدت منه ؛ فيقول لا واللّه ما اشتريت منك، ولكن زوجتنيها[٦٦] ؛ فيقول بل اشتريت مني ؛ فقال ان كان الذي ادعى التزويج[٦٧] ليس مثله ممن يتزوج الاماء لشرفه وماله ، لم يقبل قوله وكان عليه ثمنها ؛ وان كان مثله ممن يتزوج الإماء كان القول قوله ؛ وقيل[٦٨] للذي ادعى بيعها أنت قد زعمت انك (قد)[٦٩] بـعت[٧٠]وقد جحدك ذلك ، وقد ثبت لها عتق بشهادتك أنه اشتراها حين ولدت منه ، فليس لك أن تأخذها وانت شاهد في عتقها ، وتزعم أنها أم ولد ، فتقر في يديه يطؤها ويصنع بها ما شاء ؛ لأنها في كلا الوجهين له حلال ـ ان كانت زوجته ، كما يزعم ، فهي له حلال ، وان كانت أم ولد ـ كما يزعم البائع ، فهي حلال[٧١] قلت له

---

(٦٤) في الأصل (للرجل) .

(٦٥) في ق ٢ ، ق ٣ (فيقول) .

(٦٦) جملة (لا والله . . . ولكن زوجتنيها) ـ ساقطة في ق ٣ .

(٦٧) هكذا في ق ٢ ، وهو ما يأتي للشارح ، وفي ص ق ٣ (التزوج) .

(٦٨) في ق ٢ (وقال) .

(٦٩) كلمة (قد) ساقطة في الأصل .

(٧٠) في الأصل (بعتها) .

(٧١) عبارة (إن كانت زوجته . . . فهي حلال) ساقطة في ق ٢ .

فلو لم تلد ـ وادعاها هذا ، قال يحلف بالله أنه صادق وينفسخ ما ادعى من النكاح ، ويأخذ صاحب الجارية جاريته ؛ وسئِل عنها سحنون فقال رب الجارية ههنا مدعى عليه المال ، فلزمه إقراره بأنها أم ولد بلا ملك له فيها ، وولدها أحرارٌ لاحقون بأبيهم ، ولا يثبت له ما ادعى من المال ، إلا أن يقيم البينة ؛ قيل له فما يكون حال الجارية ؟ قال تكون موقوفة حتى تموت وولدها احرار ، فإذا ماتت اخذ رب الجارية الثمن الذي ادعى من تركتها ، ان تركت مالاً ، ويكون ما بقي له من المال ، وإلا كان ما بقي موقوفاً ؛ قيل فعلى من تكون نفقتها ـ إذا أوقفتها ؟ قال تكون نفقتها على نفسها . وقال أصبغ مثله ؛ قيل لأصبغ أرأيت إن مات الذي ادعى أنه تزوج الأمة قبل الأمة ، ما حال الامة ؟ قال تكون حُرَّة ، لأن السيد قد أقر أنها أم ولد لهذا الميت ، قيل له فان ماتت الأمة بعد ذلك وتركت مالاً أيكون[٧٢] للسيد في مالها ثمنها ؟ قال لا يكون له في مالها شيء ، لأنها ماتت وهي حرة ، وما لها للورثة الذي أقر السيد انه باعها منه .

قال محمد بن رشد : قول مالك إن كان الذي ادعى التزويج ليس مثله ممن يتزوج الإماء لشرفه وماله ، لم يقبل قوله ، وكان عليه ثمنها . معناه أنه يكون القول قول رب الجارية مع يمينه فيما ادعاه من أنه باعها منه بالثمن الذي ادعى أنه باعها به إذا كان الثمن الذي ادعى يشبه أن يباع به ، لأنه أتى بما يشبه ، وأتى الذي ادعى التزويج بما لا يشبه ، فوجب أن يكون قول سيد الجارية ، لأنه أتى بما يشبه على أصولهم في أن القول قول من أتى من المتداعيين بما يشبه ، فإن لم يشبه قول رب الجارية فيما ادعاه من الثمن ، حلفا جميعاً وكان على الذي ادعى التزويج قيمة الجارية ، يحلف رب الجارية

(٧٢) في ق ٢ (يكون) .

أنه باعها منه بما ذكره من الثمن ، ليحقق عليه الشراء ، ويحلف هو أنه تزوجها وما اشتراها ليسقط عن نفسه ادعاه صاحبها من الزيادة على قيمتها ، وقد قيل إنه لا يصدق صاحب الجارية فيما ادعاه ، من الثمن وإن أشبه ، إذا كان ذلك أكثر من قيمتها ، وهو الذي يأتي على قول غير ابن القاسم في كتاب الجعل والاجارة من المدونة ، فيحلف على هذا صاحب الجارية أنه باعها منه بالثمن الذي ادعاه ، ليحقق عليه الشراء ، ويحلف المدعى عليه الشراء أنه ما اشتراها منه ، وإنما زوجها إياه ليسقط عن نفسه يمين ما ادعاه من الثمن زائداً على قيمتها ، وقوله وإن كان مثله ممن يتزوج الاماء ، كان القول قوله ، معناه في تكذيب رب الجارية فيما ادعاه من أنه باعها منه ، لا في أنه زوجها منه ، لأنه في ذلك مدعٍ ، فلا يصدق فيه ، ولا يحلف عليه ، وإنما يحلف أنه ما اشتراها منه ، وان زاد[٧٣] في يمينه ولقد زوجها منه ، تحقيقاً لدعواه عند من سمعه لم تثبت بذلك الزوجية بينهما ، ألا ترى أنها إذا لم تلد ، يحلف أنه صادق فيما ادعاه من أنه تزوجها وما اشتراها ، ويحلف صاحبها لقد باعها منه وما زوجها إياه ، فينفسخ النكاح والبيع ، ويأخذ صاحب الجارية جاريته. فقول سحنون إن الجارية إذا ولدت تكون موقوفة حتى تمُوت ، أظهر عندي من قول مالك إنها تقر بيد الذي ادعى أنه تزوجها ، يطؤها ويصنع بها ما شاء ، لأنها في كلا الوجهين له حلال إن كانت زوجته كما زعم[٧٤] فهي له حلال ، وإن كانت أم ولد له كما زعم[٧٤] بالبائع (فهي له حلال)[٧٥] وإنما قلت أنه أظهر ، لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه ، وقد أبطل صاحبه دعواه عنه بيمينه ، فلم تثبت زوجة ولا أم ولد فوجب أن توقف كما قال سحنون ، لقول الله عز وجل : ﴿ والـذين هم لفـروجهم حفـظون ، إلا على أزواجهم أو مـا ملكت

(٧٣) في ق ٢ (زادت) .

(٧٤ ـ ٧٤) في ق ٢ (يزعم) .

(٧٥) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

أيمــانهم ﴾(٧٦) ، وهـذه لم تثبت زوجـة ولا أم ولـد ، ولقـد رأيت لابن دحـون أنـه قـال : قـول سحنـون قـول ضعيف ، لأن الأمـة لا تخلو عن أن تكون زوجة على ما ادعى الذي هي في يديه ، (أو تكون)(٧٧) أم ولد على ما أقر به سيدها الذي كانت له، فهي مباحة لمن هي في يديه على كل حال ، فإيقافها ومنعه من وطئها لا معنى له ، ألا ترى أن رجلاً لو قال كنت أولدت إيمائي كلهن، وتزوجتهن كلهن إلا واحدة وقد بقيت عندي منهن واحدة لا أدري هل هي زوجة أو أم ولد ، لم يمنع من وطئها ، لأنه حلال له على أي وجه كانت، هذا نص قول ابن دحون ، وقوله ـ عندي ـ هـو الضعيف ، لا قول سحنون ، لأن الشراء لم يصح ولا التزويج وقد انفسخا جميعاً بيمين كل واحد منهما على تكذيب صاحبه ، ولا يصح للحاكم أن يقر الجارية في يد الذي هي في يديه بما ادعاه من تزويجها ، إذ(٧٨) لم يثبت ذلك عنده ، وقد انفسخ بيمين سيدها : أنه ما زوجه إيلها ، ولا بما أقر به سيدها من أنه باعها منه ، إذ لم يثبت ذلك عنده ، وقد بطل بإنكار الذي هي في يده لذلك وحلفه عليه ، وإنما يقال له إن كنت صادقاً أنك تزوجتها فوطؤها ـ لك حلال فيما بينك وبين خالقك ، ولا يصلح للحاكم أن يقرها عنده ويبيح له وطئها ، لاحتمال أن يكونا جميعاً كاذبين (لم يزوجها إياه ، ولا باعها منه ، والمسألة التي نظـر بهـا ابن دحون ، لا تشبهها ، لأن الذي شك في المرأة ، فلم يعلم إن كانت زوجته أو أم ولده، لا يشك في أنها تحل له، لأنها إن لم تكن زوجة، فهي أم ولد ، وإن لم تكن أم ولد ، فهي زوجة ؛ والحاكم في مسألتنا يشك : هل تحل له الأمة أم لا ، لاحتمال أن يكونا جميعاً كاذبين)(٧٩) ، فيما ادعياه كما ذكرناه .

---

(٧٦) الآية : ٥ ـ سورة المؤمنون ، والآية ٢٩ ـ سورة المعارج .

(٧٧) جملة (أو تكون) ساقطة في الأصل .

(٧٨) في الأصل (إذا) .

(٧٩) ما بين القوسين ـ وهو نحو أربعة أسطر ـ ساقط في الأصل .

وقول سحنون أن الولد أحرار ، مفسر لقول مالك لا خلاف له . وقول سحنون : إن نفقتها على نفسها في حال الايقاف ، صحيح ، فإن عجزت قيل لهما : أنفقا عليها ، أو أعتقاها ، ولا تكون موقوفة بغير مؤونة، وقوله : إنها إن ماتت أخذ رب الجارية الثمن الذي ادعى من تركتها ـ إن تركت مالاً ، صحيح (لأن الذي كانت الجارية بيده يقرأن جميع تركتها له ، لا حق له فيه ، فله أن يأخذ من ذلك ما يدعي أن له قبله ، والباقي يكون موقوفاً ، لأن كل واحد منهما يقرأنه لصاحبه ، فمن كذب منهما نفسه أولاً ، ورجع إلى قول صاحبه أخذه ، وقول أصبغ أنه إن مات الذي ادعى أنه تزوج الأمة قبل ذلك تكون حرة ، صحيح)[٨٠] لأن سيدها أقر أنها أم ولده، وكذلك قوله أنها إن ماتت بعد ذلك لا يكون للسيد في مالها ثمنها ، صحيح أيضاً ، لأنها[٨١] لما ماتت بعد موت الذي ادعى أنه تزوجها ، ماتت حرة ، ووجب ميراثها للعصبة الذين يرثون الولاء عنه بإقرار سيدها أنها أم ولد له ، وهو لا حق له قبلهم ، إنما كان حقه على دعواه قبل الميت الذي ادعى أنه باعها منه .. وقول أصبغ لأنها ماتت وهي حرة ، ومالها لورثة الذي أقر للسيد أنه باعها منه ، معناه الذين يرثون الولاء عنه من الرجال ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قلت[٨٢] لسحنون : فلو أن الذي كانت الجارية في يديه قال اشتريتها وقال : رب الجارية بل زوجتها ، فقال القول قول رب الجارية ، وولدها رقيق ، ويلحق نسبهم بالأب : لأن الذي الجارية في يديه قد أقر بها له وادعى الاشتراء ، فلا يقبل قوله فيما ادعى ،

---

(٨٠) ما بين القوسين ـ وهو نحو أربعة أسطر ـ ساقط في الأصل .

(٨١) عبارة (لأنها لما ماتت . . . أنه تزوجها) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٨٢) في الأصل (قال).

ولا يزيل ملكه منها بعدما أقر له بها إلا ببينة تثبت له. قال أصبغ عن ابن القاسم : يتحالفان ويتفاسخان ، ولا تكون زوجة ، ولا أم ولد ، وترجع الأمة إلى سيدها ، فإن المشتري يقر بأنه لا زوجة له ، فهو كالمطلق ويدعي أنها أمته ، ولا بينة له ، فهي راجعة إلى ربها ، وأما الولد ، فإنه في الوجه الأول حر وتبع للأب ولا قيمة على الأب فيه ، وفي الوجه الثاني ، الذي قال : زوجتك - رقيق .

قال محمد بن رشد: هذه المسألة عكس المسألة التي قبلها فلا يقبل قول الذي الجارية في يديه أنه اشتراها ، لأنه في ذلك مدع على صاحب الجارية ، والقول قول رب الجارية أنه ما باعها منه ، ولقد زوجها إياه ويكون (له)[٨٣] الولد رقيقاً ، ويلحق نسبهم بالأب ، وينفسخ نكاح الأمة ، لإنكاره تزويجها مع يمينه على ذلك ، فترجع الأمة إلى سيدها ولا يلزمه فيها طلاق ، وتكون إن تزوجها عنده على طلاق مبتدأ على ما قاله ابن القاسم في رواية أصبغ عنه من أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، فلا[٨٤] تكون زوجة ولا أم ولد ، إذ ليس قوله بخلاف لقول سحنون . وقوله إنه كالمطلق - يريد أنه لا يصح له المقام عليها ، لإنكاره نكاحها ، ولو كان ما ادعى سيد الجارية من أنه زوجه إياها لا يشبه ، لكونه ليس مثله ممن يتزوج الاماء في شرفه وحاله ، لوجب أن يكون القول قوله فيما ادعاه من الشراء ، ويكون ولده أحراراً على قياس ما قاله مالك في المسألة التي قبلها ؛ وقول ابن القاسم : وأما الولد فإنه في الوجه الأول حر وتبع لأبيه ، ولا[٨٥] قيمة على أبيه فيه - يريد المسألة الأولى التي ادعى صاحب الجارية أنه باعها منه ، وبالله التوفيق .

---

(٨٣) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(٨٤) في ق ٢ (فلا) .

(٨٥) في ق ٢ (لا).

مسـألة

قال سحنون فلو قال رجل لرجل إدفع إلي ثمن جاريتي هذه التي بعت منك ، وقال الذي في يده الجارية استودعتنيها وما اشتريتها منك فتعديت عليها فوطئتها وأولدتها ، فقال أرى رب الجارية مدعياً مالاً ومقراً[٨٦] أنها أم ولد ، هذا الذي هي في يديه فلا يقبل قوله فيما ادعى من المال إلا ببينة ، ولا يصل إلى الجارية ، لأنه أقر أنها أم ولد الذي هي في يديه ، وأراها أم ولد الذي هي في يديه موقوفة ، وأولاده منها أحرار ، لأن رب الجارية قد أقر له بذلك ، وتوقف الجارية ، ولا يصل الذي هي في يديه إلى وطئها ، فإن ماتت وتركت مالاً ، كان للذي ادعى أنه باعها أن يأخذ الثمن من مالها الذي ادعى قبل الذي في يديه الجارية ، قيل له ولمن يكون ما بقي من مالها ؟ فقال يكون موقوفاً ، فإن ادعى الذي أولدها أنه كان اشتراها ، وأنها أم ولده ، كان له ما بقي من المال[٨٧] ، وإن أقام على إنكاره كان موقوفاً أبداً[٨٨] ، قيل فهل يكون على هذا الذي كانت في يديه وأقر أنه وطئها بالعداء الحد ؟ قال نعم إن ثبت على إقراره ، وفي سماع حسين بن عاصم عن ابن القاسم مثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة لا اختلاف في شيء من وجوهها ، يبينها ما مضى من الكلام على أول مسألة من الرسم . وقوله فيها وأولاده ، منها أحرار - يريد ولا يلحق نسبهم به ، لأنه يحد لإقراره[٨٩] أنهم

---

(٨٦) في ق ٢ (ومقراً له) - بزيادة (له) .

(٨٧) في ق ٢ (مالها) .

(٨٨) كلمة (أبداً) ساقطة في ق ٢ .

(٨٩) في الأصل (باقراره) .

من زنى . وقوله فيها (أيضاً)[٩٠] وأراها أم ولد للذي هي في يديه موقوفة ، ليس[٩١] على ظاهره ، إذ لو كانت أم ولده لما وقفت ، ولجاز له وطؤها وإنما معناه أنه يكون لها حكم أم ولده في أنها تعتق بموته ، ويرثها ـ إن ماتت بعده ـ من يرث ولادها عنه من عصبته ، وذلك كله بإقرار سيدها له بذلك ، وإنما تكون له أم ولد إن رجع إلى تصديق سيدها فيما زعم (من)[٩٢] أنه باعها منه ، فإن[٩٣] فعل ذلك (كانت أم ولد له)[٩٤] وحل له وطؤها وغرم الثمن ودرأ عنه الحد ، إن كان لم يحد بعد ولحق به الولد ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال عيسى وسئل ابن القاسم عن الرجل ، يشتري الدابة فيدعيها رجل في يديه[٩٥] فتوقف له[٩٦] ، على من يكون علفها؟ قال علفها على الذي تصير له ، قيل فإنها ماتت قبل أن يقضى بها ، ممن[٩٧] تكون مصيبتها ؟ قال مالك في رجل ادعى دابة في يدي رجل فأقام عليها شاهدين فشهدا عند القاضي وعدلا ، فلم يقض بها حتى ماتت ، قال مصيبتها من الذي ادعاها وأقام الشاهدين عليها ، ويرجع مشتريها على بائعها بالثمن ، قيل لابن القاسم وكذلك لو أقام شاهداً واحداً وبقي له أن يحلف ثم يقضى له بها ، فلم[٩٨] يحلف

---

(٩٠) كلمة (أيضاً) ـ ساقطة في الأصل .

(٩١) كلمة (ليس) ساقطة في ق ٢ .

(٩٢) كلمة (من) ساقطة في الأصل ، ممحوة في ق ٣ .

(٩٣) في الأصل (وان) .

(٩٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل ،

(٩٥) في الأصل (بيديه).

(٩٦) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(٩٧) في ق ٢ (مما) .

(٩٨) في الأصل (لم) .

حتى ماتت ، قال يحلف وتكون المصيبة أيضاً منه ، وإن كانت يمينه بعد موتها ، قيل له فإن كان ادعاها واستحقها وأقام البينة عليها بعد موتها ، قال إذا كان إنما أقام البينة بعد موتها فاستحقها ، فمصيبتها من الذي ماتت في يديه ، ويرجع مستحقها على بائعها بالثمن أو القيمة ـ إن كانت أكثر من الثمن ـ إن كان هو غاصباً .

قال محمد بن رشد : قوله في نفقة الدابة الموقوفة في الاستحقاق ، إنها على الذي تصير إليه هو مثل ما في المدونة ، ومثل ما في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، ولم يتكلم على من ينفق عليها في خلال التوقيف ، والظاهر من قول مالك أن المدعى عليه ينفق في حال التوقيف ، فإن قضى بها له ، رجع عليه بالنفقة ، وقد قيل انهما ينفقان جميعاً عليها ، فمن قضي له بها منهما ، رجع عليه صاحبه بنصف النفقة ، وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت بعد هذا من سماع عيسى ، وفي المجموعة ، وقوله في مصيبتها إن ماتت في حال التوقيف بعد إقامة البينة عليها ، وقبل أن يقضى له بها أنها من الذي ادعاها ، وأقام البينة عليها ، ويرجع مشتريها على بائعها بالثمن ، خلاف ما في المدونة من أن مصيبتها من الذي هي في يديه حتى يقضى بها للطالب ، وقول مالك في هذه الرواية إن المصيبة من الذي أقام البينة عليها ، أجرى على القياس ، وهو أن تكون[99] من الذي عليه النفقة لأن القياس أن تكون النفقة والغلة تابعتين للضمَان ، وكذلك التوقيف أيضاً هو تابع للضمان ؛ وقد اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق ، وتكون الغلة له ، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه لا يدخل في ضمانه ولا تجب له الغلة حتى يقضى له به ، وهو قول ابن القاسم في رسم حمل صبيا من سماع عيسى بعد هذا، والذي يأتي على قول مالك في المدونة إن الغلة للذي هي في يديه حتى

---

(٩٩) في ق ٢ ، ق ٣ (تكون المصيبة ممن) .

يقضى بها للطالب ، وعلى قول سحنون في نوازله من كتاب الغصب إن المصيبة من المشتري حتى يحكم به للمدعي ، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه ، ولا توقيف غلته ؛ وهو قول ابن القاسم في المدونة إن الرباع التي لا تحول ولا تزول ولا توقف ، مثل ما يحول ويزول وإنما يوقف وقفاً يمنع من الإحداث فيها ، والثاني أنه يدخل في ضمانه وتكون الغلة له ويجب التوقيف وقفاً يحال بينه وبينه إذا ثبت ذلك بشهادة شاهدين ، أو شاهد وامرأتين ، وهو قول مالك في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، وهو[١٠٠] ظاهر قوله في موطّئه إذ قال فيه إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق ، وقول غير ابن القاسم في المدونة ، إذ قال فيها إن التوقيف يجب إذا ثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه المدفع . والقول الثالث أنه يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية أنه يحلف مع شهادة شاهده وتكون المصيبة منه . إن[١٠١] كانت يمينه بعد موتها ، فإن قيل كيف يحلف وتكون المصيبة منه ، ويستحق المستحق منه بيمينه ـ الرجوع على بائعه بالثمن ، قيل إنما يحلف ، لأنه إن نكل عن اليمين على هذه الرواية يحلف المستحق منه الذي مات العبد عنده أنه لا حق للقائم فيه ، ولقد ادعى باطلاً ، فيرجع عليه بقيمته ، لأنه أحق عليه بيمينه العداء في توقيفه عليه بغير حق ، ويؤيد هذا ما وقع في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ، وقد مضى الكلام عليه هناك ، ويؤيده أيضاً قول أشهب في نوازل سحنون من كتاب الرهون ، فليست يمين المستحق على هذه الرواية ليستحق غيره وهو المستحق منه الرجوع على بائعه بالثمن ، وإنما هي لينفي عن نفسه العداء في التوقيف الذي يدعيه (عليه)[١٠٢] المستحق منه ، فإن نكل عن اليمين حلف هو

---

(١٠٠) في ق ٢ (وظاهر) .

(١٠١) في ق ٢ ، ق ٣ (وان) .

(١٠٢) كلمة (عليه) ساقطة في الأصل .

وأغرمه القيمة ، فما وقع في أحكام ابن زياد من أن التوقيف يجب في الدار بالقفل ، وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد ، يأتي هذا القول الثالث ، وكذلك النفقة أيضاً القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف ؛ فعلى القول الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له ، لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه ، وغلته له ، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين ، أو شاهد وامرأتين ، لوجوب الضمان عليه ، وكون الغلة له من حينئذ ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد الواحد ، لوجوب الضمان عليه ، وكون الغلة له من حينئذ ، وقد فرق في رسم حمل صبيا من سماع عيسى بعد هذا بين النفقة والضمان والغلة ، فقال إن النفقة ممن تصير إليه ، والغلة للذي هي في يديه ، لأن الضمان منه ؛ وساوى بين ذلك عيسى بن دينار من رأيه ، وهو القياس وكذلك ظاهر ما في المدونة أنه فرق بين النفقة والغلة ، والصواب ألّا يفرق بينهما في أن يكونا جميعاً تابعين للضمان ، إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد ، وإما من يوم وجوبه(١٠٣) بشهادة شاهدين ، وإما من يوم القضاء والحكم ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله(١٠٤) يوصي لمكاتبه

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يقر لرجلين بعبد يقول هو لكما غصبتكماهُ أو غير غصب يقر لهما جميعاً ، فيدعيه كل واحد منهما خالصاً دون صاحبه ، فيقول هو لي خالص وأدخلت علي في عبدي من ليس له فيه شيء ، وكلاهما يقول ذلك ولا بينة لواحد

---

(١٠٣) في ق ٢ (وجوبه النفقة) .

(١٠٤) كلمة (أوله) ساقطة في ق ٢ .

منهما ، قال يقال له احلف أنك لا تعرفه لواحد منهما خالصاً[١٠٥] ، فإن حلف برىء ولم يكن لهما عليه شيء ، وصار الأمر بين هـذين ؛ ولأن كل واحد منهما يدعيه لنفسه خالصاً[١٠٦] ، فيقال لكل واحد منهما احلف أنه لك خالص، فإن حلفا جميعاً على ذلك، كان العبد بينهما نصفين ! وإن نكل المقر الأول عن اليمين أنه ما يعرفه لأحدهما خالصاً دون صاحبه ، قيل لهذين اللذين ادعياه : يحلف كل واحد منكما لصاحبه أنه له خالص دون صاحبه ، فإن حلفا كان على المقر الأول أن يغرم لهما قيمة العبد إذا نكل عن اليمين أنه لا يعرفه لواحد منهما دون صاحبه ، فإذا غرم القيمة ، كانت القيمة والعبد بينهما نصفين، وإن نكلا عن اليمين جميعاً مع نكول المقر لهما لم يكن لهما إلا العبد بينهما؛ وإن حلف أحدهما بعد نكول المقر ونكل صاحبه عن اليمين ، كان العبد خالصاً للذي حلف ، ولم يكن على المقر الأول لهذا الذي نكل عن اليمين شيء ، لأنه يقول : أقررت لك[١٠٧] بشيء وقد[١٠٨] جاء من استحقه من يديك بما هو أثبت من إقراري لك؛ قلت فإن أتى رجل لم يقر له بعد به، فادعاه والمسألة كما هي ؛ قال إن كان خليطاً للمقر ، حلف أنه ليس له ، فإن حلف برىء . وإن نكل ، قيل للمدعي احْلف ، فإن حلف غرم له قيمة العبد ، فإن لم يحلف فلا شيء له ، وإن لم يكن خليطاً ، فلا يمين له عليه ولا شيء . قلت : وكيف أحلف للمقر لهما

---

(١٠٥) في ق ٢ (لصاحبه) .

(١٠٦) في ق ٢ (خالصاً لنفسه) .

(١٠٧) في ق ٢ (له) .

(١٠٨) في ق ٢ ، ق ٣ (فقد) .

بعضهما لبعض ـ وهما ليسا خليطين ، قال وأي خلطة[١٠٩] أبين من أن يكونا شريكين في العبد يدعيه كل واحد منهما . قلت وكذلك الدنانير والدراهم إذا أقر لرجلين بمائة دينار ، فادعاها كل واحد منهما خالصة دون صاحبه ، قال العمل على ما وصفت لك بينهما في العبد ، قلت فلو كان المقر لهما بالعبد ، ادعاه أحدهما خالصاً دون صاحبه ، وقال الآخر لا أدري إنما أقر لي بشيء فقبلته ، ما أدري أهو لي أم لا ؛ فقال[١١٠] يقال له احلف أنك ما تدري في الذي أقر لك به هذا أهو لك أم لا ؟ فإن حلف ، كان نصف العبد له ، وقيل للمقر احلف أنك ما تعرفه لهذا الذي ادعاه خالصاً فإن حلف برىء وكان العبد بينهما نصفين ، وإن نكل ، قيل لمدعيه خالصاً احلف أنه لك خالصاً . فإن حلف كان العبد بينه وبين الذي حلف ، أنه ما يدري الذي أقر له أنه حق أم باطل ، وكان على المقر أن يغرم لهذا نصف قيمة العبد ، ولو نكل الذي قال لا أعرف ما أقر لي به هذا عن اليمين ، حلف مدعيه وكان له العبد خالصاً ، ولم يكن على المقر يمين ولا قليل ولا كثير .

قال محمد بن رشد : إنما[١١١] قال : إن المقر بالعبد لرجلين إذا ادعى كل واحد منهما أن العبد له خالص ، يحلف المقر على العلم أنه ما يعرفه لأحدهما خالصاً ، لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنه علم أن العبد له خالصاً ، فأقر بنصفه لصاحبه ، وفوته بذلك عليه ، فإن حلف أنه ما يعرفه لأحدهما خالصاً ، برىء وكانت الدعوى بينهما فيه ، فان حلفا جميعاً أو نكلا

---

(١٠٩) في ق ٢ (خلطتين) .

(١١٠) في ق ٢ (قال) .

(١١١) كلمة (انما) ساقطة في ص ق ٣ .

جميعاً ، كان العبد بينهما ؛ وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عن اليمين ، كان العبد للحالف منهما، وأما إن نكل المقر عن اليمين فقال في الرواية إن المقر لهما يحلف كل واحد منهما أنه له خالص دون صاحبه ، فإن حلفا على ذلك غرم المقر قيمَة العبد ، فكانت هي والعبد بينهما ، والصواب أن يحلف كل واحد منهما أنه له خالص دون صاحبه ، وإن المقر عالم بذلك ؛ لأن الضمان لا يجب على المقر لكل واحد منهما ، الا بأن يعلم بأن العبد له خالصاً فيقر به لهما جميعاً ، فلا يلزمه عزم قيمة العبد لهما بنكوله عن ذلك حتى يحلف[112] المقر لهما على حكم المدعي والمدعى عليه في رجوع اليمين على المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ! وقال إنه إذا أتى رجل لم يقر له بعد به فادعاه ، والمسألة على حالها - إن المقر يحلف أن كل خليط له - أنه ليس له ، ظاهره أنه على البتات ، والصواب أن يحلف على العلم - كما يحلف للمقر لهما فيقول بالله ما نعلمه له ، فان حلف بريء ، وإن نكل عن اليمين حلف المدعى أنه له ، وإن المقر علم بذلك ؛ وحينئذ يغرم له قيمة العبد على ما بيناه ، وهذا[113] الذي ذكرناه كاف في بيان ما بقي من المسألة وقد قيل إنه لا يمين على المقر بحال ، وهو الذي يأتي على قول سحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق في الذي يقر لثلاثة رجال فيقول هذا أخي ، بل هذا أخي[114] ، فقف على ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يقر للرجل بالعبد ثم يقر به لرجل آخر ، قال يكون العبد للذي أقر له به أولاً ، ويكون عليه للآخر قيمة العبد . قلت ولا يكون عليهما يمين ؟ قال نعم .

---

(١١٢) في ق ٢ (يحلف عليه) - بزيادة (عليه) .

(١١٣) في ق ٣ (وهو) .

(١١٤) في ق ٢ ، ق ٣ زيادة (بل هذا أخي) - ثالثة .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه المسألة صحيح على قياس قوله في المسألة التي قبلها ، فكل واحد منهما مبينة لصاحبتها . وقوله قال نعم ، معناه لا يكون عليهما يمين ؛ وذكر[١١٥] ابن أبي زيد في النوادر هذه المسألة فوصل بقوله ولا يكون عليهما يمين ، قال عيسى ، لا أن يدعيه الثاني فإن ادعاه فله اليمين على المقر له به أولاً ، فإن حلف فالعبد له وكان للثاني على المقر قيمته ، وإن نكل المقر له أولاً من اليمين ، حلف المقر له آخراً وكان العبد له ، ولم يكن على المقر شيء ؛ وقول عيسى بن دينار تفسير لقول ابن القاسم ، ويأتي على ما لسحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق أنه لا شيء على المقر للثاني ، لأنه إنما أقر له بما قد استحقه الأول باقراره له به أولاً ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل تكون عنده وديعة مائة دينار ، فيأتيه رجلان فيقول هذه الوديعة والله لا[١١٦] أدري من دفعها الي منكما وتداعيانها[١١٧] جميعا ، كل واحد منهما خالصاً لنفسه ، قال تقسم بينهما بعد أن يحلف كل واحد منهما أنها له ، فإن حلف واحد ونكل الآخر ، كانت للذي حلف ولم يكن للذي نكل قليل ولا كثير ؛ قال ولو كان قال[١١٨] في مائة دينار عليه دين : والله ما أدري أهي لفلان أو لفلان ، فادعاها كلا الرجلين ، حلفا وكان عليه لهما غرم مائتي دينار ـ مائة ، مائة ، وهو مخالف للوديعة ، لأن الوديعة في أمانته ، والدين في ذمته .

---

(١١٥) جملة (وذكر ابن أبي زيد . . . عليها يمين) ـ ساقطة في ق ٢ .

(١١٦) في ق ٢ (ما) .

(١١٧) في ق ٢ ، ق ٣ (ويدعيانها) .

(١١٨) في ق ٢ (حلف) .

قال محمد بن رشد : قد قيل انه يلزمه في الوديعة أن يدفع مائة[١١٩] دينار لكل واحد منهما ، وهو الذي يأتي على ما لابن القاسم في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب القراض ، وقد قيل أيضاً إنه لا يلزمه في الدين الا مائة واحدة تكون بينهما ـ إن حلفا أو نكلا ، وهو الذي يأتي على أحد التأويلين في[١٢٠] مسألة رسم البيوع من سماع أصبغ بعد هذا ، وقد مضى ذكر ذلك في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، لتكرار[١٢١] المسألة هناك ، فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال قولان في كل مسألة ، وهذه التفرقة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يشتري الدابة فتستحق في يديه ، فيريد أن يطلب بها الثمن الذي اشتراها به ، فيضع قيمتها فيخرج بها فيضيع الثمن وتهلك الدابة ، قال مصيبة الدابة من الذي خرج بها ، ومصيبة الدنانير من الذي وضعت له الدنانير ـ وهو مستحق الدابة ؛ قلت فلو كان خرج بها فضاعت الدنانير وجاء بالدابة قد نقصت ، قال يأخذ صاحب الدابة دابته وتكون مصيبة القيمة من الذي خرج بالدابة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة لا أعرف فيها نص خلاف ، وهي على قياس ما في المدونة في ثمن الجارية المبيعة على المواضعة اذا وضع على يدي عدل فتلف، أن مصيبته ممن كان يصير اليه، فالخلاف الذي في ثمن الجارية الموضوع بيد عدل يدخل في هذه ، فعلى القول بأنه من المبتاع إذا تلف ، وإن خرجت الجارية سليمة من المواضعة ويلزمه ثمن آخر

(١١٩) في ق ٢ (مائة ، مائة) .

(١٢٠) في ق ٢ (من) .

(١٢١) في ق ٢ ، ق ٣ (لتكرر) .

تكون مصيبة القيمة الموقوفة للمستحق إن تلفت من الذي وضعها على كل حال ، ويلزمه[١٢٢] قيمة أخرى ان تلفت الدابة قبل أن يردها الى المستحق : ويتخرج في المسألة قول ثالث أنه[١٢٣] إن تلفت القيمة قبل أن تتلف الدابة ، كانت مصيبتها من الذي وضعها ، ويغرم للمستحق قيمة أخرى ، وان تلفت الدابة قبل ، كانت مصيبة القيمة من[١٢٤] الذي وضعت له ، وهو مستحق الدابة ، ومصيبة الدابة من الذي ذهب بها ووضع القيمة فيها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يقول للرجل المائة[١٢٥] الدينار التي استودعتك ، فيقول له ما استودعتنيها ولكن أعطيتنيها قراضاً ، وهذه مائة دينار ربحت فيها فلك منها خمسون ، فيأبى أن يأخذ الخمسين ، قال ان أبى أن يأخذ الخمسين[١٢٦] حبسها واستأنس سنين ، لعله أن يأخذها ، وإن أبى أن يأخذها تصدق بها ، قيل له فان مات فأحب ورثته أن يأخذوها ؟ قال يأخذونها ان شاءوا ـ إذا[١٢٧] أحب المقر أن يدفعها اليهم . قلت ولا يقضى عليه بدفعها الى ورثته ؛ قال لا يقضى عليه بدفعها اليهم .

---

(١٢٢) في ق ٢ (وتلزمه) ـ بالتاء .

(١٢٣) كلمة (أنه) ـ ساقطة في ص ق ٣ .

(١٢٤) جملة (من الذي وضعت له .. بها ووضع) ـ ساقطة في ق ٢ .

(١٢٥) أي أعطني المائة دينار التي استودعتك ، فلفظ المائة مفعول بفعل محذوف ، دلت عليه قرينة الحلال .

(١٢٦) في ق ٢ ، ق ٣ (يأخذها) .

(١٢٧) في ص ق ٣ (ان) .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة يتحصل[١٢٨] فيها ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه ليس له أن يأخذ الخمسين التي أقر له بها ـ إلا أن يكذب نفسه ويرجع إلى تصديقه ، وهو الذي يأتي على ما لابن القاسم في كتاب الرهون من المدونة ، وما لأشهب في كتاب ارخاء الستور منها ، وهو أحد قولي سحنون ،والثاني : أنه ليس له أن يأخذ الخمسين وإن رجع الى تصديقه وكذب نفسه ، إلا أن يشاء أن يدفعها اليه باختياره ، وهو ظاهر قول ابن القاسم ههنا فيه وفي ورثته إن مات ونص ما في سماع لم يدرك من سماع عيسى من كتاب النكاح .والثالث: أن له أن يأخذها وإن كان مقيماً على الانكار ، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الاستحقاق ، وإنما يكون له على القول بأن يأخذها إن كذب نفسه ورجع إلى تصديق صاحبه[١٢٩] ، ما لم يسبقه صاحبه بالرجوع الى قوله وتكذيب نفسه ؛ فتحصيل هذا القول أن من سبق منها بالرجوع إلى قول صاحبه ، كانت له الخمسون دون يمين ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب بع ولا نقصان عليه

وعن[١٣٠] الرجل يقول عند الموت لفلان عندي عشرة دنانير ولي عليه خمسة ، فأنكر الذي أقر له بالعشرة أن تكون عليه خمسة ، قال يأخذ العشرة وعلى الورثة البينة في الخمسة انها عليه ، قيل فلو قال لفلان عشرة دنانير من مالي وصية ، ولي عليه خمسة . فأنكره[١٣١] ، قال لا يكون له[١٣٢] الا الخمسة ، لأنه لم يوص له الا

(١٢٨) في الأصل (يتخرج) .
(١٢٩) في ق ٢ (صاحبها) .
(١٣٠) في ق ٢ (وسئل عن الرجل) ـ بزيادة (وسئل) .
(١٣١) في الأصل (وأنكره) .
(١٣٢) في ق ٢ (له عليه) ـ بزيادة (عليه) .

بخمسة حين قال لي عليه خمسة ، وكذلك قال مالك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، والفرق بين المسألتين بين ، لأنه في المسألة الأولى مقر على نفسه له بعشرة ، ومدع عليه بخمسة ، فلزمه اقراره على نفسه بالعشرة ولم يصدق في الخمسة التي ادعاها الا أن يقيم الورثة البينة عليها ، وفي المسألة الثانية لم يوص له إلا بخمسة حين ذكر أن له عليه خمسة ـ كما قال مالك ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سلف دينارا في ثوب

وقال في رجل ، مات موال لجده ، فجاء يطلب ميراثهم أو طرأ للجد مال فجاء يطلبه ، فشهد شاهدان عدلان أن هذا الرجل أقعد الناس بفلان اليوم ، وقد مات الموالي منذ سنين ، قال لا ينتفع بذلك حتى يشهدوا أنه أقعد الناس به يوم مات الموالي . قلت له فإن لم يعرف أحد غيره ، قال لا يعجل في ذلك ويسأل وينظر ويكتب في ذلك إلى ذلك الموضع ، ولا يعجل في ذلك حتى يؤيس من ذلك ، ولا يأتي أحد يطلب ذلك ، ثم يقضى له ويؤخذ عليه حميل ، ثم ضعف أمر الحميل إن أبى أن يدفعه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال في موالي الجد لأن العبد المعتق لا يرثه بالولاء إلا أقرب الناس بمولاه الذي اعتقه يوم مات الموالي ، لا يوم مات سيده الذي أعتقه ولا يوم يطلب ميراثه ؛ فإذا شهد الشهود لرجل أنه أقرب الناس بمولاه الذي أعتقه اليوم ، لم تكن الشهادة عاملة ، لأنهم لا يدرون لعل غيره كان أقعد بالجد يوم مات الموالي ، فيكون ميراثهم لورثته ، فوجب أن يتثبت في ذلك ولا يعجل به كما قال ؛ فإن لم يأتِ له طالب سواه ، قضي له

به(١٣٣) بحميل ، ثم ضعف أمر الحميل ؛ وفي ذلك عندي تفصيل ، أما إن قال الشهود الذين شهدوا لهذا الرجل إنه أقعد الناس به اليوم يعرف غيره أقعد منه قد مات ، إلا أنا لا ندري هل مات قبل الموالي أو بعدهم ، فأخذ الحميل منه ظاهر ؛ وأما إن قالوا لا نعرف هل كان له غيره يوم مات الموالي أم لا ؟ فأخذ الحميل منه ضعيف ، وأما المال الذي طرأ للجد ، فلا يأخذه ورثته حتى يثبتوا ميراثهم منه يوم مات ، وبالله التوفيق .

من كتاب ان خرجت من هذه الدار

وسئل عن رجل كان له على رجل حق منذ عشر(١٣٤) سنين فقام به عليه اليوم فزعم الذي عليه الحق أن قد قضاه ، فيأتي بالبينة أنه قد قضاه منذ تسع سنين أو نحوها ، ويأتي صاحب الحق بالبينة أنه أقر له به منذ سنتين فأي الشهادتين يؤخذ ؟ قال يؤخذ بأحدثهما ، وهي الشهادة على الاقرار .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ان الذي يوجبه الحكم إنما(١٣٥) هو أن يؤخذ بالشهادة على الإقرار ، لأنه لمّا(١٣٦) أقر له بالحق بعد أن أقام البينة على القضاء ، حمل على أن القضاء إنما كان(١٣٧) من حق له آخر قبله ، كما لو أقر أنه قد كان له(١٣٨) قبله حق آخر فقضاه ، فادعى صاحب الحق أن

(١٣٣) كلمة (به) ساقطة في ق ٢ .

(١٣٤) في ق ٢ (عشرين) .

(١٣٥) جملة (انما هو) - ساقطة في ق ٢ .

(١٣٦) في الأصل (انما) .

(١٣٧) في ق ٢ (يكون) .

(١٣٨) كلمة (له) - ساقطة في ق ٢ .

القضاء إنما كان من ذلك الحق القديم[١٣٩] ، لكان القول قوله ؛ ولو كان لما أقام البينة على القضاء ، ادعى صاحب الحق أنه إنما قضاه[١٤٠] حقاً آخر كان له قبله ، وأنكر المطلوب أن يكون له حق قبله سوى هذا الذي قضاه ، لكان القول قول المطلوب باتفاق ، وان[١٤١] لم يكن بينهما مخالطة قديمة ؛ واختلف إن كانت بينهما مخالطة ، فقيل القول قول الطالب ، وقيل القول قول المطلوب على ما يأتي في رسم الأقضية من سماع يحيىٰ بعْد هذا من هذا الكتاب ، ولسحنون في نوازله من كتاب المديان والتفليس قول ثالث في هذه المسألة ، وقد مضى تحصيل القول في هذا في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن عبد ادعاه رجلان فوضع على يدي عدل ، على من نفقته ؟ قال ممن يصير له . قلت فنفقته بين ذلك على من تكون ؟ قال منهما جميعاً .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والقول عليها مستوفى في آخر رسم العرية من سماع عيسى قبل هذا ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن امرأة كانت له جارية فولدت غلامين ، فاشترى أحدهما رجلٌ فأعتقه وتركه عند أمه ، فمات أحدهما وادعى

---

(١٣٩) في ق ٢ (القائم) .

(١٤٠) في الأصل (قضى له) .

(١٤١) في ق ٢ (أن) .

المشتري أن الباقي منهما هو الذي اشترى ، وزعمت المرأة ان الهالك هو الذي اشترى ، القول قول من قال القول قول المرأة مع يمينها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن المشتري مدع على المرأة في شراء هذا الباقي من الغلامين . وهي تنكر أن تكون باعته ، فالقول قولها على ما أحكمَته السنة من أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ؛ ولو اختلطا ولم يعرف واحد منهما أيهما هو الذي اشترى وأعتق ، لوجب أن يعتقا جميعاً ، إذ لا يصح للمرأة ان تسترق احدهما بالشك ، ولو ادعى المشتري الباقي منهما وقالت المرأة لا أدري ، لكان القول قوله ؛ قيل بيمين وَهو مذهب ابن القاسم ، وقيل بغير يمين وهو قول ابن المواز ـ على ما مضى من اختلافهما في تكلمنا على مسألة رسم نقدها من سماع عيسى ، وكذلك لو ادعت المرأة الباقي منهما ، وقال المشتري : لا أدري ، لكان القول قولها ؛ قيل بِيمين ، وقيل بغير يمين ، وباللّه التوفيق .

ومن كتاب أسلم

وسئل ابن القاسم عن الرجل يستلف من الرجل المال ، أو يبتاع منه سلعة إلى أجل ، فيقوم عليه صاحبه فيجحد ويقول ما بعتني أو ما أسلفتني شيئاً ، أو يقول ما لك علي شيء ، فتقوم[١٤٢] البينة في كلا الوجهين جميعاً ، ثم يأتي بالبراءة من ذلك ويزعم أنه قد قضاه ذلك؛ قال (أما إذا قال)[١٤٣] لم تسلفني شيئاً، أو لم تبعني

(١٤٢) في ق ٢ (تقوم عليه البينة) ـ بزيادة (عليه) .

(١٤٣) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

شيئاً ، لم تنفعه براءته ولا شهوده على البراءة ، لأنه قد جحد وأنكر أن يكون باعه شيئاً ، أو أسلفه شيئاً ؛ فقد كذب شهوده ولا تنفعه براءته ؛ وأما الذي قال ليس لك علي شيء ، ثم قامت البينة عليه[١٤٤] أنه أسلفه أو باع منه[١٤٥] ، ثم جاء ببراءته من ذلك بامرأتين وشهود ، فإن براءته تسقط ذلك الحق عنه ، وليس[١٤٦] هو مثل الأول ، لأن هذا إنما قال ليس لك علي شيء وكان صادقاً أنه لم يكن عليه شيء ، لأنه قد كان قضاه ، وأما الأول فقد أكذب من شهد له على البراءة حين قال[١٤٧] لم يسلفني أو لم يبعني[١٤٨] شيئاً فهذان وجهان بينان ـ إن شاء الله . وروى سحنون عن ابن القاسم في الذي يشهد عليه بدين من سلف أو شراء ، فينكر ويقول ما لك علي دين من وجه من الوجوه ، لا من شراء ولا من سلف ؛ ثم يقيم بينة أنه قد قضاه الدين الذي شهد عليه به ، قال أراه قد جرح شهوده، وأرى الحق لازماً له، وأما أن يقول ما لك عندي شيء مثل ما يقول إذا أقام بينة ـ إني إنما جحدتك من قبل أني كنت[١٤٩] قد قضيتك ، فإن بينته تقبل ويدفع[١٥٠] عنه الحق .

قال محمد بن رشد : قد قيل إن البينة تقبل منه بعد الإنكار ، وقيل إنها تقبل منه في الأصول ، ولا تقبل في الحقوق ـ وهو قول ابن كنانة ، وابن

---

(١٤٤) في ق ٢ (عليه البينة) .

(١٤٥) في الأصل (باعه وأسلفه منه) .

(١٤٦) في ق ٢ (فليس) .

(١٤٧) في ق ٢ (قال له) ـ بزيادة (له) .

(١٤٨) في ق ٢ (تسلفني . . . تبعني) ـ بالتاء .

(١٤٩) في ق ٢ (قد كنت) .

(١٥٠) في ق ٢ (وتدفع) ـ بالتاء .

القاسم في المدنية[١٥١] ، قالا ولو أن رجلاً ادعى أرضاً في يد رجل فقال ما لك عندي أرض ولا[١٥٢] علمت لك أرضاً قط، فأقام البينة بأنها أرضه وأثبتها ثم أقر الذي هي في يديه فقال نعم هي والله أرضك ولكني قد اشتريتها منك ، وأقام على ذلك[١٥٣] بينة ، فان اشتراءه بذلك يقبل منه ، وتكون له الأرض ، ولا يضره إنكاره أولاً ، لأنه يقول كان والله حوزي ينفعني ؛ اصنعُ بالأرض ما شئت ، فأبيت أن أقر أنها له ، فيكون علي العمل ؛ فكرهت أن اعنت في ذلك ، فإذ قدْ احتجت إلى شرائي بعد أن أثبتها ، فهذا شرائي ، قال فذلك له ، وليس مثل الذي ادعى عليه الحق فجحده[١٥٤] ، وأدخل ذلك ابن أبي زيد في النوادر من المجموعة ، قال وسواء أقام بينة بشراء من المدعي ، أو من أبيه ، لأنه يقُول رجوت أن حيازتي تكفيني ، وليس ذلك مثل الدين ؛ وقيل إن ذلك لا يقبل منه إلا في اللعان إذا ادعى رؤ يته بعد إنكاره القذف وأراد أن يلَاعن ، وكذلك ما أشبه اللعان من الحدود ، وهو قول محمد بن المواز . وقيل إن ذلك لا يقبل منه في اللعان ، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة أنه يُحِد ولا يلاعن ؛ فيتحصل في المسألة أربعة أقوال ، أحدها أن ذلك[١٥٥] لا يقبل منه ما أتى به بعد الجُحود في شيء من الأشياء ، وهو قول غير ابن القاسم هذا في اللعان ، لأنه إذا لم يقبل ذلك منه في اللعان فأحرى أن لا يقبله[١٥٦] فيما سواه من الديون والأصول ، والثاني أنه[١٥٧] يقبل منه ما أتى به بعد الجحود في جميع الأشياء ، والثالث ما ذهب إليه ابن المواز من الفرق بين

---

(١٥١) في الأصل (المدونة) .

(١٥٢) في ق ٢ ، ق ٣ (وما) .

(١٥٣) في ق ٢ ، ق ٣ (وأقام بشرائه) .

(١٥٤) في ق ٢ (فيجحده) .

(١٥٥) جملة (أن ذلك) ـ ساقطة في ق ٢ .

(١٥٦) في الأصل (يقبل) .

(١٥٧) كلمة (أنه) ساقطة في الأصل .

الحدود وما سواها من الأشياء ، والرابع أنه يقبل منه ما أتى به في الأصول والحدود، ولا يقبل منه ذلك[١٥٨] في الحقوق من الديون وشبهها، وهو الذي يأتي على ما في المدنية[١٥٩] لابن كنانة، وابن القاسم، لأنه إذا قبل منه ما اتى به بعد الجحود في الأصُول فأحرى أن يقبل منه ذلك في الحدود؛ ومن هذا المعنى من ادعى عليه أنه أودع وديعة أو ائتمن أمانة ، فأنكر ، فلما قامت عليه البينة ، ادعى الضياع أو الرد ؛ قيل إنه يصدق ، وقيل إنه لا يصدق ، وقيل إنه يصدق في دعوى الضياع ، ولا يصدق في دعوى الرد ، والأقوال الثلاثة مجموعة في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب القراض ؛ والمسألة متكررة في مواضع ، من ذلك ما وقع في رسم طلق ابن حبيب من سماع بن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الشركة ، ومن هذا الأصل والمعنى من ملك امرأته بكلام يقتضي التمليك ، فقضت بالثلاثة ، فأنكر أن يكون أراد بذلك الطلاق ، ثم قال أردت واحدة ، فقيل إنه لا يصدق أنه أراد واحدة بعد أن زعم أنه لم يرد بذلك الطلاق ، وقيل يصدق في ذلك مع يمينه ، والقولان في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك وفي قول سحنون أن البينة لا تقبل منه في البراءة إذا كان قد قال أولاً ما لك علي دين من وجه من الوجوه ؛ لا من شراء ولا من سلف ـ نظر[١٦٠] ، لأن من حجته أن يقول صدقت ما كان لك علي دين من شراء ولا سلف ، لأني قد كنت قضيتك حقك ، وانها[١٦١] لا تكون له حجة إذا قال ما أسلفتني شيئاً ، ولا بعْتني شيئاً ، وباللّه التوفيق .

---

(١٥٨) في ق ٢ (ذلك منه) .

(١٥٩) في الأصل (المدونة) .

(١٦٠) عبارة (انظر ، لأن من حجته . . . ولا سلف) ساقطة في ق ٢ .

(١٦١) في ق ٢ (وانما) .

ومن كتاب الثمرة[١٦٢]

قال ابن القاسم في رجل مات وترك امرأة وفي البيت غزل يعرف أن الكتان للرجل ، قال ابن القاسم ان عرف ان الكتان للرجل ، وان المرأة غزلته ، أحلفت المرأة باللّه ما غزلته له فإن حلفت أقيم غزلهَا وأقيم الكتان فكان الغزل بينهما ـ على قدر ذلك ؛ وان كان لا يعرف الكتان للرجل فالغزل للمرأة . وسئل سحنون عن المرأة تنسج الثوب فيَدعيه زوجها لنفسه يقول إن الكتان لي ، وتزعم المرأة أن الكتان لها ومن كتانها غزلته ، فقال ابن القاسم هي أولى بما في يديها مع يمينها ، ولا حق للزوج في ذلك ، إلا أن يكون له بينة ، أو تقر له بأن الكتان كان له ، فيكونان شريكين في الثوب بقدر ما لكل واحد منهما ؛ وكذلك أمرهما فيه بعد موت زوجها أنها مصدقة فيما بيديها مع يمينها ، وقال سحنون وكذلك قال لي ابن نافع أن تكون أولى بما في يديها مع يمينها من زوجها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة حسنة لا إشكال في أنه إذا عرف ان الكتان للرجل ، وأن المرأة غزلته ، أن يكون بينهما على قدر ما لكل واحد منهما فيه ؛ وإذا لم يعرف أن الكتان له وعرف أنها هي التي غزلته ، فالقول قولها أن الكتان لها ، وكذلك إذا عرف أنها هي التي نسجت الثوب أو أقر لها بذلك الزوج ؛ ولو ادعت هي أنها غزلت الغزل أو نسجت الثوب وأنكر ذلك الزوج فادعى أنه هو استأجر على غزل الغزل[١٦٣] أو على نسج الثوب ؛

---

(١٦٢) في الأصل (الشجرة) .

(١٦٣) في الأصل (وعلى) .

لكان القول قولها في ذلك مع يمينها إذا أشبه قولها على ظاهر قول ابن القاسم في(١٦٤) هذه الرواية انها مصدقة فيما في يديها مع يمينها ، ومثله قول ابن نافع ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب حمل صبياً

وقال في رجل يدعي في الماشية الغنم قبل الرجل ، فيوقفها القاضي حتى ينافذه ؛ على من رعيتها ؟ قال رعيتها ممن(١٦٥) تصير إليه(١٦٦) . قلت فغلتها ما دام قال غلتها للذي هي في يديه ، لأن ضمانها منه ؛ قال عيسى الرعي على من له الغلة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في آخر رسم العرية من هذا السماع قبل هذا ، وتكررت المسألة في غير ما موضع من هذا الكتاب ومن غيره ، والكلام عليها في كل موضع منها ، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يساكنه الرجل في داره المعروفة أو القرية ـ أختانه أو مواليه ، أو يسكنون دوراً له(١٦٧) أو قرية أزماناً(١٦٨) فعايشهم طول ذلك الزمان ـ وتلك الدور في أيديهم

(١٦٤) في ق ٢ (في ظاهر هذه الرواية) .

(١٦٥) في الأصل (على من) .

(١٦٦) في ق ٢ ، ق ٣ (له) .

(١٦٧) كلمة (له) ساقطة في ق ٢ .

(١٦٨) في ق ٢ (زمانا) .

والقرى ـ حتى مات فأرادوا أن يستحقوا ذلك بتقادمه في أيديهم ، وقالوا ليس علينا أن نسأل عما تقادم في أيدينا كيف وهو في أيدينا ؟ أو ماتوا هم ؛ فقال ورثتهم لا علم لنا كيف كان الحق في أيدي آبائنا ؛ أو مات صاحب أصل[١٦٩] الحق والذين اسكنوا أيضاً[١٧٠] فتداعى فيها ورثة الذين لهم الأصل ، وورثة الذين أُسكنوا ؛ قال ابن القاسم أرى ذلك للذين كانت في أيديهم وحازوا ، لا تخرج من أيديهم إلا ببينة تقوم لورثة الذي له أصل الحق بسكنى أو عمرى أو عارية ، وإلا فهي للذين هي في أيديهم ، ولم ندرك أحداً من علمائنا من أهل المدينة ، ولا سمعنا به عمن مضى ، ولا من قضاتهم ، إلا والحيازات أوثق ما في أيدي الناس لتقادم الزمان وذهاب الشهود ، وثم دور وأرضون تعرف من أولها ، وقد تداولتها أيدٍ حتى لقد قال لنا مالك هذه الدار التي انا فيها ، لعبد اللّٰه بن مسعود ، وقد تناسخت لقوم بعده ، أفيسأل هؤلاء البينة ؟ فالحوز على الحاضر الذي لا شك فيه القول لهم ، ولا يخرج من ايديهم الّا ببينة تقوم لورثة صاحب الأصل ، على ما ذكرت من سكنى أو عارية أو من مرفق ، وإلا فأهل الحوز أولى ، هذا الذي سمعت ممن أدْركنا والقضاء[١٧١] بالمدينة ورأى العلماء ورأينا ، إلا أن يكون عندهم أمر قد جروا عليه وعرفوه ، فان كان لذلك أمر مشهور معروف[١٧٢] بالبلد ، عليه جروا وأمر فاش ، فأهل[١٧٣] الأصل أولى

---

(١٦٩) كلمة (أصل) ساقطة في الأصل . (١٧٠) كلمة (أيضاً) ساقطة في الأصل .

(١٧١) كلمة (والقضاء) ساقطة في الأصل .

(١٧٢) هكذا في الأصل وفي سائر النسخ (أمر ، مشهور ، معروف) ـ بالرفع ولعل الصواب النصب .

(١٧٣) في ق ٢ (فآل).

بأصلهم ، إلا أن تقوم لمن هي في ايديهم بينة على أمر يستحقونه ، أو سماع على بيع ، لأن مالكاً قال لي في الغائب تحاز عليه أرضه فيقدم فيجدها في يد الذي حازها ، فيقيم البينة أنها أرضه أو أرض أبيه أو دار أبيه ، فإذا أقام على ذلك البينة ، سئل الذي هي في يديه البينة على سماع من شراء ، فإن أتى ببينة من سماع أو شراء ، كان الذي في يديه ، أولى من الغائب ، وإن لم يأت بذلك ، فالغائب أولى ، إلا أن من رأى مالك وغير واحد ممن مضى ، أن الأقارب بنو الأب لا حوز بينهم فيما ورثوا من أبيهم فيما يسكنون ويزرعون ويتوسعون ، وأنهم على مواريثهم ، إلا أن يأتوا ببينة على أمر يثبت لهم حوزهم من شراء أو مقاسمة أو أمر يستحقونه به ، أو سماع بذلك لتقادم الزمان ؛ فإن أتوا بذلك ، كانت حيازتهم لهم حيازة ، وإلّا فلا حوز بينهم ، وهذا الذي سمعت من أهل العلم ، وممَّن مضى ممن أرضى ، فقد فسرت لك[174] وجه الحيازة عندنا ورأيي فيما قبلكم ، ولا توفيق إلا باللَّه .

قال محمد بن رشد : حكم في هذه الرواية للموالي والاختان بحكم الأجنبي في الحيازة ، أو مثله في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ، خلاف ما في رسم الكبش من سماع يحيىٰ منه من أن الأختان والموالي في الحيازة بمنزلة القرابة ، وهذه المسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم يسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، فمن أحب الوقوف من الحيازات على الشفاء تأمله هناك ، فلا معنى لاعادته ، وباللَّه التوفيق .

---

(١٧٤) في الأصل (له) .

ومن كتاب العشور

وسئل عن الرجل يقال له أتبيع جاريتك ؟ فيقول هي لامرأتي ، ثم هلك فادعتها امرأته واحتجت بقوله ، وكيف إن طلبت ذلك في حياته أو بعد موته ؟ فقال لم أرد بقولي ذلك إلا الانتفاء منها ، وكيف إن قال ذلك[١٧٥] لغير امرأته ؟ هل تراه يثبت له الخادم إذا نسبها إليها إن طلبت ذلك في حياته ، أو بعد موته ؟ وهل الولد بتلك المنزلة ؟ وهل يختلف ان قال هي جارية امرأتي أو خادم امرأتي ؟ قال ابن القاسم لا أرى ذلك يثبت للمرأة ، ولا لغيرها قريب ولا بعيد - إذا عرف أنها قد كانت له في حياته ، ولا في مماته إذا اعتذر بمثل ما ذكرت لكم من العذر في حياته ولا بعد موته ، إلا ان تشهد عليه بصدقة حيزت أو هبة سواء ؛ قال هي لامرأتي ، أو جارية امرأتي ، وإنما هي كذبة كذبها ، أو كلام اعتذر به أراد أن يستتر به ممن سأله ذلك ، قيل لأصبغ فلو يسهم رجل بعبده ، فقال هو لفلان الأجنبي ، أو قال هو لامرأتي ، أو لابني ؛ فقام أولئك عليه بهذا الإقرار وقالوا هو لنا حق ، قد أقر لنا به ، أو قالوا هو حق لنا قد كان لنا[١٧٦] قبل إقراره ، فأنكر ذلك المقر وقال إنما كنت معتذراً ، والعبد عبدي ؛ قال أصبغ هذا خلاف لما قبله ، وليس في هذا حق الإثبات غير هذا ، ويحلف بالله أن لا حق لهم ويبرأ ، فإن نكل وادعوه حقاً لهم قديماً لِغير هذا الاقرار ، حلفوا[١٧٧] واستحقوا ؛ وان كانوا انما

---

(١٧٥) في ق ٢ (ذلك في حياته لغير امرأته) - بزيادة (في حياته) .

(١٧٦) كلمة (لنا) ساقطة في ق ٢ .

(١٧٧) في ق ٢ (رجعوا) .

يدعوه بهذا الاقرار ، لم يوجب لهم نكوله شيئاً ؛ قيل لاصبغ فلو سهم بعبده فقال قد بعته فلاناً بمائة دينار ، أو قد وهبته فلاناً أو قد تصدقت به على فلان ـ وقامَت عليه بهذا القول ببينة ، فقال كنت معتذراً ، أيلزمه لهؤلاء شيء(١٧٨) أم لا ؟ قال اصبغ هذه حقوق(١٧٩) أوجبها على نفسه لغيره وأخرج نفسه منها بقوله ولفظه ، فهو مأخوذ به ، وليس قوله : وهبت وأعتقت وتصدقت ، كقوله هو لفلان ، لأن هذه أشياء(١٨٠) أقربها من سببه وفعله ، فقد أخرج نفسه(١٨١) بأمر اقر بفعله ، فما ورد عليك من هذا ، فضعه على هذا تصب ، إن شاء اللّه . قيل لأصبغ فالرجل ، يخطب الى الرجل ابنته ، وهي بكر في حجره ، فيقول للمخاطب قد زوجتها فلاناً ، فيقوم فلان ذلك الذي زعم انه زوجه ، فيقول الأب ما أردت بقولي ذلك إيجاباً ، وما كنت إلا معتذراً إلى القوم ، دافعاً لطلبهم(١٨٢) ، هل يلزمه ذلك ؟ وهل يختلف ان كان الطالب يقول قد كنت زوجتني قبل ذلك ، أو يقول قد زوجتني بقولك هذا ، وإيجابك(١٨٣) لي ؛ قال لي(١٨٤) اصبغ أرى قوله لازماً ، والنكاح للطالب واجباً ، لا يبالي بأي ذلك كان طلبه : بهذا القول ، أو بنكاح قبل ؛ لأن النكاح ليس فيه لعب ولا اعتذار ، وهزله جد ؛ وهو والطلاق أخوان لا هزل

---

(١٧٨) في ق ٢ (شيء لهؤلاء) .

(١٧٩) في ق ٢ (قد أوجبها) ـ بزيادة (قد) .

(١٨٠) في ق ٢ (قد أقربها) .

(١٨١) في الأصل (لنفسه) .

(١٨٢) في الأصل (لطلبه) .

(١٨٣) في الأصل (أو ايجابك) .

(١٨٤) كلمة (لي) ساقطة في ق ٢ .

فيهما ولا لعب ؛ وقال ابن كنانة إن طلب ذلك الذي زعم انه زوجه وقال قد زوجتني قبل اليوم ، وكان الاب ينكره ، وشهد له الطالب أنه قال قد زوجت فلاناً، لزمه ذلك ولم يعمل قوله أردت دفعهم بذلك، وان كان الذي زعم أنه زوجه انما طلب ذلك(١٨٥) بقول الشاهدين الخاطبين إليه ويقول قد أقر على نفسه ان قد زوجتني ولم يدع أنه زوجه قبل ذلك ، لم يكنْ ذلك ولم يلزمه .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في الذي يسأل بيع جاريته، فيقول هي لامرأتي أو لفلان ، أن ذلك لا يثبت لواحد منهما إذا عرف انها قد كانت له ، يدل على أنه إذا لم يعرف أنها قد كانت له وجهل أصل المِلْك فيها ، فهي للذي أقر له بها - وإن كان إقراره على سبيل الاعتذار ، وهو نص قوله في رسم الكبش من سماع يحيىٰ من كتاب العتق ، وقول أصبغ بعْد ذلك في هذه المسألة هذا خلاف لما قبله ، إشارة منه إلى مسألة لم تذكر كانت(١٨٦) في أصل السماع ، فسقطت(١٨٧) من هذه الرواية فليس قول أصبغ في هذه الرواية مخالفاً لابن القاسم ، وما زاده من إيجاب اليمين على المقر ، ورجوعها على المقر لهم ، ان نكل عنها إذا كانوا انما ادعوا ذلك حقاً قديماً لهم قبل هذا الإقرار ، ولم يدعوه بهذا الإقرار ؛ مفسر لقول ابن القاسم ، وإنما يخالف اصبغ ابن القاسم إذا قال في اعتذاره : قد وهبتها فلاناً ، أو قد تصدقت بها عليه أو قد بعتها منه ؛ فيقول : هذه حقوق قد اقر بها على نفسه فيؤخذ بها ان ادعى ذلك المقر له لا بهذا (الاقرار) الا بشراء أو هبة أو صدقة متقدمة له ، وهو عند ابن القاسم سواء - قال في اعتذاره هو لفلان ، أو قد بعته فلاناً ، أو تصدقت به عليه ؛ لا يلزمه به عنده شيء في الوجهين ، وهو مذهب مالك

(١٨٥) كلمة (ذلك) ساقطة في ق ٢ .
(١٨٦) في الأصل (كان) .
(١٨٧) في الأصل (سقط) .

على ما قاله في أول سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات ، وقد مضت هذه المسألة والتكلم عليها في أول سماع أشهب من هذا الكتاب ، وفي رسم البز من سماع ابن القاسم، من كتاب الصدقات والهبات، وفي أول سماع أشهب منه أيضاً ؛ وأما إذا خطب إلى رجل ابنته البكر فقال : قد زوجتها فلاناً ، فطلب ذلك المقر له ؛ ففي ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها : ان النكاح يجب طلبه بذلك القول ، او بقول متقدم ؛ (وهو قول اصبغ في هذه الرواية، وإليه ذهب ابن حبيب . والثاني الفرق بين ان يطلبه بذلك القول أو بقول متقدم ، وهو قول ابن كنانة في هذه الرواية ، وقول اصبغ وروايته عن ابن القاسم في رسم النكاح من سماع اصبغ من كتاب النكاح ، فإن طلبه بقول متقدم ، حلف الزوج باللّه لقد كان زوجه ، ويثبت النكاح ؛ قاله ابن القاسم في سماع اصبغ من كتاب النكاح ، وهو مفسر لقول ابن كنانة : وان طلبه بهذا القول ، حلف الأب باللّه ما كان ذلك منه الا اعتذاراً إليه ، وما زوجه ؛ ـ قاله ابن القاسم أيضاً .

والثالث أنه لا شيء له ـ طلبه بذلك القول أو بقول متقدم)[١٨٨] ، وهو قول ابن المواز ، وباللّه التوفيق .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وعن رجل وجد ثوراً ميتاً في الجبل ، فعلم[١٨٩] انه لبعض جيرانه ، فسلخه فأتى إلى صاحبه بجلده ؛ فقال : هذا جلد ثورك ، وجدته بمكان كذا وكذا قد مات ، فقال له صاحب الثور: بل انت قتلته ؛ هل تراه ضامناً الثور ؟ قال ابن القاسم : لا شيء على الذي

(١٨٨) ما بين القوسين ـ وهو نحو ستة أسطر ـ ساقط في الأصل .

(١٨٩) في ق ٢ (فعرف) .

جاء بالجلد وسلخ الثور ـ بعد أن يحلف بالله انه لم يقتله ولم يتعد فيه .

قال محمد بن رشد : هذا بيّن على ما قاله إذ لا يؤخذ احد بأكثر مما أقر به[١٩٠] علي نفسه ، ولو قال وجدته على أن يموت فذبحته نظراً لك قبل أن يموت ، للزمه ضمانه قولاً واحداً ، ولم يدخل فيه الاختلاف الذي في الراعي يخافُ على الغنم الموت فيذبحها ، لأن هذا لم يأتمنه صاحبه على شيء ، فهو متعد عليه في ذبح ثوره ، ولعله لو لم يذبحه لعاش ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يدير ماله

وسئل ابن القاسم عن رجل أقر أن هذه البقعة بينه وبين فلان ، وأن ما فيها من البنيان له وحده ، قال البنيان تبع للأصل ، فجميع ذلك بينهما ـ وهو مدع ، ورواها أصبغ عن ابن القاسم وقال لا أرى ذلك ، وأرى إذا كان إقراره ودعواه نسقاً ليس بمفترق ، وكان[١٩١] الذي أقر به وفيه لا يعرف إلاّ له ، وليس هو إلا في يديه حتى لو لم يقر بما أقر، لم يكن لفلان ذلك حتى يستحقه، فليس له إلا ما[١٩٢] أقر به من العرصة ، وله[١٩٣] ثنياه في البنيان وينقض أو يعطيه نصف قيمته ويكون بينهما أو يقتسمانه ، فإن صار في حصة الباني فهو له ، وإن وقع في حصة الآخر نقضه له وأعطاه[١٩٤] قيمته .

---

(١٩٠) في ق ٢ (يقر به) .

(١٩١) في ص ق ٣ (وقال) .

(١٩٢) في ق ٢ (بما) .

(١٩٣) في ق ٢ (وليس له) .

(١٩٤) في ق ٢ (أو أعطاه) .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم مثل قوله في سماع أصبغ من كتاب جامع البيوع في رسم الكراء والأقضية منه ، وفي نوازله من كتاب المديان خلاف قوله في كتاب الغصب من المدونة في هذه المسألة وفيما[١٩٥] يشبهها إنه يصدق إذا كان كلامه نسقاً ، وهو قول أصبغ . ومن هذا المعنى مسألة هي أشكل منها لمعنى زايد فيها ، قد مضى الكلام عليها في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب الإيمان بالطلاق ، وهي قول الرجل لامرأته أنت طالق البتة، أنت طالق البتة، أنت طالق البتة، إن أذنت لك إلى أهلك وقد كانت سألته الاذن أو لم تسأله إياه ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

(ومن كتاب البراءة[١٩٦])

وسألته عن الرجل يقر لولده أو لامرأته أو لبعض من يرثه بدين في الصحة يموت الرجل بعد سنين ، فيطلب الوارث الذي أقر له به ؛ قال ذلك له إذا أقر له في الصحة ـ امرأة كانت أو ولداً فما أقر له في الصحة فذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم[١٩٧] عن مالك المشهور في المذهب ، ووقع في المبسوطة لابن كنانة ، والمخزومي ، وابن أبي حازم ، ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له ـ وإن أقر له في صحته ، إذا لم يقم عليه بذلك حتى هلك إلا أن يعرف ذلك عسى أن يكون قد باع له رأساً ، أو أخذ من مورث أمه شيئاً ، فإن عرف ذلك ، وإلا فلا شيء له ، وهو

---

(١٩٥) في ق ٢ (وما يشبهها) .

(١٩٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٩٧) في ق ٢ (وروايته عن مالك) ـ بزيادة (وروايته) .

قول له وجه من النظر ، لأن الرجل يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على ألّا يقوم به عليه[١٩٨] حتى يموت فيكون[١٩٩] وصية لوارث ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألته عن رجل أتى إلى رجل فقال له هات ثمن الثوب الذي بعتك ، فقال ما بعتنيه ولكن أمرتني أن أبيعه ، فالقول قول صاحب الثوب ويحلف أنه باعه منه (فإن نكل عن اليمين ، حلف الآخر وبرىء ، قلت ، فإن حلف صاحب الثوب أنه باعه منه)[٢٠٠] واختلفا في الصفة ، فقال يقال لمشتري الثوب صفه ، فإذا وصفه حلف على صفته ثم قومه أهل البصر وغرم القيمة ، قلت فإن نكل ، قال يقال لصاحب الثوب صفه ، فإذا وصفه قومت صفته وغرم المشتري . قلت فإن أتيا جميعاً بما يستنكر في صفة الثوب ، ونكلا عن اليمين ؟ قال القول قول مشتري الثوب . قلت فإن كانت قيمة الثوب أدنى من الثمن الذي باعه به ، قال يقال للذي باع الثوب اتق الله انظر إن كان قولك في الثوب حقاً انه أمرك ببيعه فادفع إليه بقية ثمن ثوبه ولا تحبسه ولا يقضى عليه بذلك ، لأن صاحب الثوب يدعي أنه باعه منه ، وقال انظر كل يمين وجبت على رجل في شيء ادعاه على صاحبه فنكل عن اليمين ، مثل أن يقيم شاهداً واحداً على حق له فيكلف اليمين مع شاهده ، وينكل ويرد اليمين على صاحبه ، فإذا نكل الذي ردت عليه اليمين فهو غارم ، وإن حلف برىء ، وإن

(١٩٨) في ق ٢ (عليه به) .
(١٩٩) في ق ٢ (فتكون) ـ بالتاء .
(٢٠٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

لم تكن له بينة، احلف المدعى عليه، فان حلف برىء، وإن نكل قيل للمدعي احلف فإن حلف استحق حقه، وإن نكل فلا شيء له، وان اختلفا ،فقال صاحب الثوب أمرتك أن تبيع بالنقد ، وقال الآخر بل أمرتني أن أبيع بالدين ، قال إن لم يفت الثوب في يد المشتري ، حلف صاحب الثوب وأخذ ثوبه، وإن فات في يد المشتري ، كان القول قول بائع الثوب ، وهو بمنزلة ما لو قال أمرتك أن تبيع بعشرة ، وقال الآخر بل بثمانية ، فإنه إن لم يفت الثوب بيد المشتري ، حلف صاحب الثوب ، وأخذ ثوبه ، وإن فات كان القول قول البائع قال[٢٠١] وليس على بائع الثوب يمين إذا لم يفت .

قال محمد بن رشد : قوله القول قول صاحب الثوب ويحلف أنه باعه منه ، يريد ويحلف الآخر لقد أمره ببيعه ، لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. صاحب الثوب يريد أن يلزمه غرم الثمن الذي ادعى أنه باع به الثوب منه ، والآخر يريد أن يلزمه أخذ الثمن الذي ادعى أنه باع به[٢٠٢] الثوب ، فيمين صاحب الثوب ينفي ما ادعى عليه الآخر من الوكالة ولا يوجب له أخذ ما ادعاه من الثمن ، لأنه فيه مدع ، وإنما يوجب له القيمة ، لأنه يبطل بيمينه ما ادعاه عليه من الوكالة ، فتجب عليه القيمة للتعدي بالبيع ، وذلك إذا كان الثمن الذي باعه به أقل من قيمة الثوب ، مثل أن تكون قيمة الثوب تسعة ، فيبيعه بثمانية ، ويدعي رب الثوب أنه باعه منه بعشرة ؛ ولو كان باع الثوب بتسعة وهي قيمة الثوب ، لكان القول قوله أنه أمره ببيعه ولم يكن على صاحب الثوب يمين ، إذ لا فائدة ليمينه ، لأن يمينه، إنما توجب له القيمة التي قد أقر[٢٠٣] الآخر أنه باع ثوبه بها ، ولو باع الثوب بعشرة فأكثر ، لم يحلف واحد

---

(٢٠١) كلمة (قال) ساقطة في الأصل .

(٢٠٢) في ق ٢ (الذي ادعى أنه باعه به) .

(٢٠٣) في الأصل (أقر له الآخر) ـ بزيادة (له) .

منهما ، لأن العشرة التي يدعي صاحبُ الثوب أنه باع منه ثوبه بها ، قد أعطاه الآخر إياها ، والزيادة على العشرة تكون موقوفة ، لأن كل واحد منهما ينفيها عن نفسه ويقربها لصاحبه ، وقد مضى الاختلاف في الحكم فيها في آخر رسم يوصي ، فلا معنى لإعادته ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما ، وذلك بين من قوله في الرواية ، فإن نكل عن اليمين ؛ حلف الآخر وبرىء ، وكذلك لو نكل هو حلف صاحب الثوب ، كان له ما ادعاه من الثمن الذي حلف عليه ، وإن حلفا جميعاً ، أو نكلا جميعاً ، كان لصاحب الثوب قيمة ثوبه إذا كان الثوب قد فات ، وأما إذا كان الثوب قائماً بيد المشتري لم يفت ، فقال في كتاب ابن المواز ، ومثله ابن القاسم في رواية أصبغ عنه أنه يرد إذا تحالفا ، واعترض ذلك أبو اسحاق التونسي ، فلا يجب أن يرد ، لأنهما جميعاً يقران أن بيع الوكيل لا يجب أن ينقض ، لأن رب الثوب يقول بعته منه ، فبيعه لا ينقض ، والوكيل يقول أمرني ببيعه فلا ينقض بيعي . وقوله في الرواية وإن حلف صاحب الثوب أنه ما باعه منذ يريد وقد حلف صاحبه فوجبت(٢٠٤) عليه القيمة ، واختلفا في الصفة أنه يقال للمشتري للثوب صفة يريد للمدعى عليه الشراء ، وهو صحيح ، لأنه الغارم ، فوجب أن يكون القول قوله ، وفي قوله في الرواية أنه إن كانت قيمة الثوب أدنى من الثمن الذي باعه به ، قيل للذي باعه اتق الله وادفع إليه بقية ثمن ثوبه ، ولا يقضى عليه بذلك ، لأن صاحب الثوب يدعي أنه باعه منه نظر ، لأن الصحيح في النظر أن يقضى عليه بذلك ، لأنه مقر به لصاحب الثوب ، إذ يزعم(٢٠٥) أنه ثمن ثوبه ، ولا يقضى عليه بذلك(٢٠٦) ، لأن صاحب الثوب يدعيه وزيادة عليه ، لأنه يقول إنه باع منه ثوبه بأكثر من ذلك ، وصفة أيمانهما إذا حلفا أن يحلف صاحب الثوب ما أمره ببيعه وليس عليه أن يزيد في يمينه : ولقد باعه منه بكذا وكذا ، إلا أن

---

(٢٠٤) في ق ٢ (فقد وجبت) .

(٢٠٥) في الأصل (زعم) .

(٢٠٦) جملة (ولا يقضي عليه بذلك) ـ ساقطة في ق ٢ .

يشاء أن يزيد ذلك في يمينه رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين فلا يحتاج إلى يمين أخرى ، ويمينه أنه باعه منه بكذا وكذا ، على ما قاله في الرواية ، يقتضي نفي الوكالة التي يدعي عليه بها ، فالصواب أن يصرح في يمينه بذكرها فيحلف أنه ما وكله على بيعها ، فإن شاء أن يزيد مع ذلك ولقد باعها منه رجاء أن ينكل صاحبه ، كان ذلك له على ما ذكرناه ، وأما الآخر فيحلف ما اشترى منه الثوب ولا يزيد في يمينه : ولقد أمره ببيعه ، إذ لا فائدة ليمينه بذلك إذ قد حلف رب الثوب على تكذيبه في ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال انظر كل يمين وجبت على رجل في شيء ادعاه على صاحبه فنكل عن اليمين ، مثل أن يقيم شاهداً واحداً على حق له[٢٠٧] فيكلف اليمين مع شاهده وينكل ويرد اليمين على صاحبه ، فإذا نكل الذي ردت عليه اليمين ، فهو غارم وإن حلف بريء ، وإن لم تكن له بينة احلف المدعى عليه ، فإن حلف بريء ، وإن نكل ، قيل للمدعي احلف ، فإن حلف استحق حقه ، وإن نكل فلا شيء له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب ، والمخالفون في ذلك أهل العراق الذين يقضون بالنكول ولا يردون اليمين في الدعوى ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ان اختلفا : فقال صاحب الثوب امرتك أن تبيع بالنقد ،

---

(٢٠٧) في ق ٢ (هو له) ـ بزيادة (هو) .

وقال الآخر بل أمرتني أن ابيع بالدين ؛ قال ان لم يفت الثوب في يد المشتري ، حلف صاحب الثوب وأخذ ثوبه ؛ وان فات في يد المشتري ، كان القول قول بائع الثوب ؛ وهو بمنزلة ما لو قال امرتك أن تبيع بعشرة ، وقال الآخر بل بثمانية ؛ فإنه إن لم يفت الثوب بيد المشتري ، حلف صاحب الثوب وأخذ ثوبه ؛ (فإن فات كان القول قول البائع، قال: وليس على البائع للثوب يمين - إذا لم يفت[٢٠٨]،

قال محمد بن رشد : هو مثل ما في المدونة وغيرها ، ولا أذكر في ذلك نص خلاف ، وإنما الخلاف إذا نكل عن اليمين : فقيل يلزمه البيع بالنكول بالثمانية أو إلى الاجل ولا ترجع اليمين على البائع ، وهو قوله في هذه الرواية وليس على البائع للثوب يمين إذا لم يفت ، وكذلك يقول ابن المواز انه لا يحلف المأمور ، وقال أصبغ يحلف ؛ ووجه هذه الرواية وما ذهب إليه ابن المواز ، ان الحق في يمين رب السلعة إنما هو للمشتري ، لأنه يقول له ما قال البائع من أنك أمرته بأن يبيع بثمانية ، أو إلى أجل[٢٠٩] ، فاحلف على ما تدعي من أنك لم تأمره بذلك ؛ فإن حلف أخذ سلعته ، وان نكل عن اليمين لزمه البيع ولم ترجع اليمين على المأمور البائع ، لانه يتهم إن رجعت عليه اليمين أن ينكل عنها ، لينقض البيع بعد أن باع ، ولا على المشتري ، لأنها يمين تهمة فلا ترجع ؛ وقد قيل في يمين التهمة إنها ترجع ؛ فعلى هذا ان نكل رب السلعة عن اليمين ، حلف المشتري وصح له البيع ، وقد قيل في يمين التهمة إنها لا تلحق ؛ فعلى هذا إذا كانت السلعة قائمة ولم يحقق المشتري

---

(٢٠٨) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٠٩) في ق ٢ (الى أجل حق) - بزيادة (حق) .

على رب السلعة ما قاله البائع من أنه أمره أن يبيع بثمانية ، أخذ سلعته دون يمين ؛ وأما ان حقق عليه الدعوى ، فتلزمه اليمين ، وله ردها عليه ؛ ووجه ما ذهب إليه أصبغ من ان صاحب السلعة إذا نكل عن اليمين ، ترجع اليمين على البائع المأمور ، هو أن التداعي في ذلك ، إنما هو بين صاحب السلعة وبين المأمور ؛ فإن حلف صاحب السلعة أخذ سلعته ، وإن نكل عن اليمين حلف المأمور ولزم صاحب السلعة البيع ؛ فإن نكل المأمور ، كان القول قول صاحب السلعة فيما ادعى من أنه أمره بعشرة ، وأغرمه الدينارين الزائدين على الثمانية ؛ فإن حلف الآمر وأخذ سلعته وأراد المشتري أن يحلف المأمور أنه ما رضي أن يحمل عنه الدينارين فقال أصبغ ذلك له ، وقال محمد ليس ذلك له الا بتحقيق يحققه عليه أنه حمل عنه الدينارين ، وقوله في الرواية إنه إن فاتت السلعة ، كان القول قول البائع المأمور ، هو مثل ما في المدونة وغيرها ؛ واختلف بما تفوت : فقيل إنها تفوت بحوالة الأسواق فما زاد ، وهذا يأتي على ما في كتاب محمد في أنَّ من أمر رجلاً أن يبيع له سلعة فباعها من نفسه ، أن حوالة الأسواق فيها فوت ، ولا يشبه أنها لا تفوت إلا بالعيوب المفسدة ، لأنه ليس ببيع فاسد ، وقيل إنها لا تفوت إلا بذهاب عينها ، وهذا القول في العشرة ليحيى عن ابن القاسم وهو القياس ، لأنها إذا بيعت بما لم يأمر به ، فكأنها قد بيعت بغير أمره ، فهي كالمستحقة ، ومن أفاتها بالعيوب المفسدة ، راعى شبهة الوكالة ، كما راعاها ابن القاسم في النكاح فيمن أمر رجلاً أن يزوجه بخمسين فزوجه بمائة ، وقال بذلك أمرتني فحلف ، أن النكاح يفسخ بطلاق ؛ وقال المغيرة يفسخ بغير طلاق ؛ فعلى قياس قوله لا تفوت السلعة في مسألتنا إلا بفوات عينها على ما ذكرناه من قول ابن القاسم في العشرة ؛ وان[٢١٠] فاتت السلعة فنكل المأمور عن اليمين ، حلف رب السلعة وأغرمه الدينارين ؛ قال أبو اسحاق التونسي ولا يرجع على[٢١١] المشتري بها ان كان المأمور

---

(٢١٠) في ق ٢ (واذا) .

(٢١١) كلمة (على) ـ ساقطة في الأصل .

عديماً ، بخلاف هبة الغاصب إذا عدم إنه يرجع بذلك على الموهوب،لأن المشتري ههنا لم يدخل (على أنه موهوب له ، وإنما دخل)[٢١٢] على حكم الشراء بأمر يمكن أن تباع به السلعة ، فلا يرجع عليه بشيء ؛ قال ولو ظهر أنه باع بأمر لا يمكن أن يباع به ، مثل أن يبيع ما يساوي مائة بعشرين ، لوجب أن يكون ذلك كهبات الغاصب ، إذ ليس هو من جنس ما وكل عليه ، يرجع على المشتري ان كان المأمور عديماً ، وبالله التوفيق .

(ومن كتاب العتق)[٢١٣]

وسئل ابن القاسم عن رجل قال لآخر فلان الذي في منزلك ساكن بأي وجه يسكنه ؟ فقال أنا أسكنته بلا كراء ، والساكن في المنزل يسمع ذلك فلا ينكر ولا يغير ، هل ترى سكوته يقطع دعواه ان ادعى ذلك المنزل يوماً ما ، قال لا أرى ذلك يقطع دعواه إذا كانت له بينة عادلة على أن المنزل منزله ، لأنه يقول إنما ظننت أنه يداعبه وما أشبه ذلك ؛ لانه أمر معروف ، فيكون على حقه إذا قامت له بينة ان المنزل منزله ، ويحلف على ذلك ؛ وسئل عن رجل سئل عند موته هل لأحد[٢١٤] عندك شيء ؟ فقال لا ، قيل ولا[٢١٥] لامرأتك ؟ قال لا ـ والمرأة جالسة ، ثم تجيء تطلب حقها ـ ولها عليه بينة ؛ قال تحلف بالله أن حقها عليه وتأخذ إذا شهد الشهود أن لها عليه بعد دخوله ، ولا يضرها سكوتها .

---

(٢١٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢١٣) العنوان ساقط في الأصل .

(٢١٤) في الأصل (لرجل) .

(٢١٥) في ق ٢ (ولا امرأتك) .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هاتين المسألتين خلاف قوله في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب المديان ، والقولان مشهوران في المذهب ، منصوص عليهما لابن القاسم في غيرما موضع من كتبه ، أحدها ما في رسم العرية من سماع عيسى من الكتاب المذكور ان السكوت على الشيء إقرار به واذن فيه ، والثاني قوله في هذه الرواية ، وفي سماع من كتاب المدبر ، وفي غيرما موضع : ان السكوت على الشيء ليس بإقرار به ولا اذن فيه ، وهو ظاهر القولين وأولاهما بالصواب ؛ لأن في قول النبي صلى الله عليه وسلم والبكر تستأذن في نفسها ، واذنها صماتها[٢١٦] . دليلاً على ان غير البكر في الصمت بخلاف البكر ، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح ، فوجب أن يقاس[٢١٧] ما عداه عليه الا ما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عليه الا راضياً به، فلا يختلف في ان السكوت عليه اقرار به كالذي[٢١٨] ؛ يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكر ، ثم ينكره بعد ذلك ،وما أشبه ذلك ؛ وقد مضى هذا المعنى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح ، وفي غيرمـا موضع من كتابنا هذا . وقوله تحلف بالله أن حقها عليه ، معناه أن حقها عليه، باق إلى الآن لم تقبضه ولا وهبته ، ولا سقط عنه بوجه من الوجوه ؛ لا ان حقها عليه حق ، إذ قد شهد لها الشهود بذلك ، فلا تحلف عليه ، وإنما تحلف على ما لم يثبت الشهود فيه[٢١٩] الشهادة ، وإنما شهدوا فيه على العلم من انهم لا يعلمون الحق تأدى ولا سقط ، وبالله التوفيق .

---

(٢١٦) حديث متفق عليه ، انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٦/ ١٢٩ .
(٢١٧) في ق ٢ (على ما عداه) .
(٢١٨) في الأصل (قال كالذي) ـ بزيادة (قال) .
(٢١٩) في ق ٢ (فيه الشهود) .

من سماع يحيىٰ بن يحيىٰ من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيىٰ[٢٢٠] وسألت ابن القاسم عن نصراني مات وترك أولاداً فتأخر اقتسامهم ما هلك عنه النصراني زماناً ، ثم تداعوا إلى قسمته وفيه حينئذ مسلم ، فأراد النصراني دفعه عن الميراث ، وقالوا مات أبونا وأنت مسلم ؛ وقال المسلم[٢٢١] لم اسلم إلا منذ قريب بعد ما كان وجب لي الميراث ؛ على أيهم ترى البينة فيما تداعوا فيه ؟فقال البينة على المسلم أن أباه مات وهو نصراني يوارثه ، وذلك ان اسلامه ظاهر ، فهو مدع لأخذ ميراث بدين كان عليه بزعمه[٢٢٢] يوم مات أبوه ، فلا أراه يستوجب شيئاً بدعواه ، وعليه البينة ، وإلا فلا ميراث له .

قال محمد بن رشد : محمد بن عبد الحكم يرى القول قول المسلم أنه أسلم بعد موت أبيه ـ وقاله اصبغ في الواضحة ، وقال لأن اصله النصرانية التي تحق له الميراث ، فمن طلب أن يزيله عن ذلك[٢٢٣] فهو المدعي ؛ واحتج على قول ابن القاسم بقوله لو مات الأب واختلف هو واخُوه ، فقال هذا مات مسلماً ، وقال الآخر مات نصرانياً ، ان القول قول النصراني ، لان اباه قد عرف بالنصرانية ، وقول ابن القاسم اظهر ، ولا يلزمه ما احتج به عليه اصبغ ، لان النصراني لم يعلم إسلامه ، فهو محمول على النصرانية حتى يعلم إسلامه ؛ وهذا في مسألتنا مسلم يدعي أنه كان نصرانياً يوم مات أبوه ، فعليه

---

(٢٢٠) كلمة (يحيى) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٢٢١) كلمة (المسلم) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٢٢٢) في الأصل (زعمه) .

(٢٢٣) جملة (عن ذلك) ساقطة في ق ٢ .

إقامة البينة على ذلك ، كما قال ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وسألته عن رجل ادعى على رجل أنه افتض ابنته وانكر ذلك الرجل الذي رمي بذلك ، ثم قال المنكر بعد إنكاره ينظر إليها النساء ، فإن لم تكن بكراً فأنا بها ؛ فنظر إليها النساء فإذا هي مفتضة ، فانكر ان يكون فعل ذلك بها ؛ أترى قوله ينظر إليها النساء ، فإن لم تكن بكراً فانا بها اقراراً ؟ قال لا أراه بهذه المقالة مقراً ، لأنه يقول إذا رجع إلى الإنكار رجوت أن تكون براءتي إذا نظر إليها النساء ، وأن تكون سالمة مما ظن بها أبوها ؛ فإذا لم توجد كذلك ، فليست بها ، فلا أرى الحد ولا الصداق يلزمه بمثل هذا حتى يقيم على الإقرار ؛ قلت فإذا لم يلزمه بالذي قال إقرار ، افترى الاب بالذي ادعى قبله مما لم يثبته عليه من افتضاض ابنته قاذفاً له ، قال ان رمى بذلك رجلاً مشهوراً بالعدل ، غير متهم بالفواحش ولا مظنون به القبيح ، ولا مشار به إليه رأيته قاذفا له بالذي رماه به ، قال وان رمى بذلك رجلاً من أهل التهم والظنة ، لم أر عليه حداً ولا نكالاً .

(**قال محمد بن رشد** : هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ولا التباس في شيء من معانيها فلا يفتقر الى التكلم عليها وبالله التوفيق[٢٢٤]) .

---

(٢٢٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

ومن كتاب الاقضية

قال يحيىٰ وسألت ابن وهب عن الرجل يدعي عليه الرجل بمائة دينار ، فيدعي المدعى عليه أنه قضاه مائة دينار وعشرين ديناراً ويأتي بالبينة على ذلك[٢٢٥] ولا تشهد البينة على المائة الدينار ـ بعينها ـ انها دخلت في المائة والعشرين ، فيقول الطالب إنما لي عليك[٢٢٦] مائة دينار من ثمن عطر بعتكه، وثبت ذلك له[٢٢٧] بالبينة أو اقرار المشتري ، فيقول له الطالب هات البينة انك قضيتني ثمن العطر بعينه ، ويقول المشتري للمدعى عليه قد قضيتك مائة وعشرين ثمن العطر فيها . فهل يبرأ المطلوب بهذه الشهادة أم لا ؟ وسألت عنها ابن القاسم فقال يحلف المدعى عليه بالله : دخلت المائة الدينار ثمن العطر ـ في المائة وعشرين الدينار التي قضى، ثم لا شيء له[٢٢٨] عليه ؛ قال ولقد[٢٢٩] بلغني عن بعض العلماء أنه سئل عن الرجل ادعى على رجل بألف دينار وأتى بذكر حق ، فأتى المدعى عليه ببراءة من الفي دينار ، قال يحلف المدعى عليه ويبرأ ، وهذا أمر الناس عندنا؛ قال يحيىٰ وسألت ابن نافع عن ذلك ، فقال ان كانت بينهما مخالطة معروفة وملابسة ، فالبينة على المطلوب أن المائة الدينار ثمن العطر ـ دخلت في العشرين ومائة ، والا غرم ،

(٢٢٥) في ق ٢ (على البينة بذلك) .
(٢٢٦) في ق ٢ (عليك لي) .
(٢٢٧) في ق ٢ (له ذلك) .
(٢٢٨) كلمة (له) ساقطة في ق ٢ .
(٢٢٩) في ق ٢ (وقد) .

لأن المخالطة التي جرت بينهما تدل على أنه قد عامله في غير العطر .

قال محمد بن رشد : سقط جواب ابن وهب في أكثر الكتب وثبت في بعضها : قال نعم ، فقوله ، مثل قول ابن القاسم ، ومثل ما حكى انه بلغه عن بعض العلماء ؛ وأما قول ابن نافع في تفرقته بين أن تكون بينهما مخالطة وملابسة معروفة أو لا ، فهو خلاف قول ابن وهب ، وابن القاسم وما حكاه عن بعض الغلماء ؛ إذ لا فرق على مذهبهم بين أن تكون بينهما مخالطة وملابسة أو لا تكون ، القول عندهم قول المطلوب في الوجهين جميعاً حتى يأتي الطالب بمن يشهد انه كان له عليه دين سواه ، ولا اختلاف إذا لم تكن بينهما مخالطة وملابسة (في)[٢٣٠] أن القول قول المطلوب ، ولا في انه إذا علم أنه كان له عليه دين غيره في ان القول قول الطالب ؛ وإنما الخلاف إذا كانت بينهما مخالطة وملابسة ، فابن نافع يرى القول قول الطالب ، وابن القاسم وابن وهب وغيرهما يرون القول قول المطلوب ، وقد مضى هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى ، ومضى تحصيل القول في ذلك أيضاً في سماع ابي زيد من كتاب الشهادات ، وباللّه التوفيق .

ومن كتاب الكبش

قال يحيىٰ وسألته عن الرجل يصالح وارثاً من الورثة في جميع ما ورثه[٢٣١] على شيء يعطيه إياه، وقد كان للميت حظ في منزل بمصر أو القيروان ، والورثة وجميع ما ورثوا بالاندلس إلا هذا الحظ

(٢٣٠) سقطت كلمة (في) في الأصل .

(٢٣١) في ق ٢ (مورثه) .

الذي بمصر أو القيروان ، فصالحه على جميع ما ورثه[٢٣٢] عن أبيه ونص[٢٣٣] ميراثه من جميع ما هلك عنه أبوه بالاندلس ، ولم يذكر الحظ الذي كان بمصر، ولم يكن الوارث يعرف كم حقه من ذلك الحظ ؛ قال ان كان صالحه في جميع موروثه ، فهذا الحظ الذي بمصر من الجميع ؛ فان كان الحظ مجهولاً أو كان معروفاً ولم يره المصالح ولم يوصف له ولم يره له رسول ولم ينعت له حتى يكون قد صالح في أمر يعرف قدره أو نعته ، فالصلح منتقض ؛ قلت أرأيت إن قال المصالح إنما صالحتك في جميع ما ورثت بالأندلس ، ولم أرد ما كان لك بمصر ، لأني لم أعلم انك ورثت بها شيئاً ، ليجوز بذلك الصلح حين خاف أن ينتقض لجهالتهما بالحظ الذي بمصر ، وقال لا حاجة لي بذلك الحظ ؛ لأنه ليس مما صالحتك عليه ، ولا علمت به ؛ وقال الوارث بل[٢٣٤] وقع الصلح في جميع مورثي والحظ الذي بمصر من مورثي ، فهو مجهول لا علم لي به ولا لك ، والصلح بذلك منتقض في جميع المورث ؛ أترى أن ينتقض ؟ فقال يقال للوارث إن جئت بالبينة أن هذا الذي صالحك كان عالماً أن لك بمصر مورثاً ، فصالح على الجميع ، وذلك الحظ مجهول ، فسخنا الصلح ؛ وإن لم يأت بالبينة احلف المصالح باللّٰه لما علم بالحظ الذي بمصر ولا أراد بالصلح الا المورث الذي بالأندلس وقد نصصنا ذلك كله وعرفناه ، ثم يجوز الصلح بينهما إن حلف فإن نكل فسخ .

قال محمد بن رشد : قوله فصالح وارثاً من الورثة في جميع مورثه على شيء يعطيه إياه ، معناه يشتري منه مورثه بشيء يعطيه إياه . وقوله فان

---

(٢٣٢) في ق ٢ ، ق ٣ (ورث) .

(٢٣٣) في ق ٢ ، ق ٣ (ونصوا) .

(٢٣٤) في الأصل (قد) .

كان الحظ مجهولاً ، معناه مجهول القدر عندهما جميعاً ، لا يعلم واحد منهما ان كان ثلثاً ، أو ربعاً ، أو نصفاً ، أو أقل ، أو أكثر. وقوله أو كان معروفاً ولم يره المصالح ولم يوصف له ، يريد ولا رآه الوارث أيضاً ولا وصف له ، لأن البيع لا يكون فاسداً إلا إذا جهلا جميعاً قدره او صفته مع علمهما به ، وأما إذا علم ذلك[٢٣٥] أحدهما وجهله الآخر فليس ببيع فاسد ، وإنما هو بيع غش وخديعة ، يكون الجاهل منهما إذا علم مخيراً بين امضاء البيع أو رده . وقوله انه إذا ادعى المشتري انه لم يعلم بهذا الحظ المجهول ليصح له الشراء فيما ادعاه ، يحلف على ذلك ويجوز الصلح بينهما . أي الشراء فيما عدا ذلك الحظ صحيح ، لأنه ادعى صحة ، وادعى الوارث فساداً ؛ فوجب أن يكون القول قوله لادعائه الصحة . وقوله وان نكل فسخ ، يريد بالنكول دون رد يمين ، لأن الظاهر أن الصلح قد وقع عليه ، لأنه من المورث وهما قد تصالحا على جميع المورث ، وقد قال بعض الشيوخ ان فسخه البيع في هذه المسألة دون رد اليمين ، خلاف قوله في مسألة رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، انه ان أبى أن يحلف ، حلف الذي عليه الحق وفسخ الشراء ؛ وليس ذلك عندي بصحيح ، بل يرجع اليمين في ذلك في وجه دون وجه حسبما فصلناه ، وبينا القول فيه وشرحناه هناك ؛ ولو اتفقا جميعاً على انهما لم يعلما بالحظ الذي بمصر أو القيروان ، لبقي للوارث ، وصح البيع فيما سواه ونفذها ؛ ولو اتفقا على انهما قد علما به[٢٣٦] ـ وهو مجهول القدر أو الصفة ، لكان البيع فاسداً ؛ وأما إذا اختلف في ذلك ، فلا يخلو اختلافهما من سبعة أوجه لا ثامن لها ، قد ذكرناها وبينا وجه الحكم في كل واحد منها ـ في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع ، فاكتفينا بذكرها هناك[٢٣٧] عن اعادتها ههنا مرة أخرى ، وبالله التوفيق .

---

(٢٣٥) في الأصل (بذلك) .

(٢٣٦) كلمة (به) ساقطة في ق ٢ .

(٢٣٧) كلمة (هناك) ساقطة في ق ٢ .

ومن كتاب الصبرة

وسئل عن الرجل يذبح شاة لرجل فيلزمه غرْم قيمتها ، فيريد صاحبها أن يأخذ منه بالذي الزمه من القيمة حيواناً من الانعام شاة ، أو بقرة ، أو فصيلاً من الإبل ، أو ما اشبه ذلك ، (والشاة)[٢٣٨] المذبوحة بحالها لم يفت لحمها بعد ، فقال لا يجوز له ان يأخذ بها شيئاً من الحيوان الذي لا يجوز ان يباع بلحمها ؛ قلت ولم وانمَا وجبت لرب الشاة على ذابحها القيمة من دنانير أو دراهم ؟ فقال لان رب الشاة ما دام لحمها لم يفت ، مخير بين أن يأخذها مذبوحة بعينها ، وبين أن يأخذ قيمتها حية ، فلما كان له الخيار ، كُرِهَ له أخذ الحيوان من الانعَام بتلك القيمة التي وجبت له على الذابح ، لأنه يترك لحماً لو شاء اخذه ويأخذ به شاة حية ، فيدخله بيع اللحم بالحيوان ؛ قلت فان فات لحمها من يد الذابح ؟ قال لا بأس بذلك حينئذ أن يأخذ بالقيمة التي وجبت له شاة من حيوان الانعام وغيره ، يتعجل ذلك ولا يدَّخره .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال انه لا يجوز له أن يأخذ بقيمة الشاة التي ذبحت له ما دام لحمها قائماً لم يفت ، حياً من ذوات الأربع ، كان مما يقتني أو مما لا يقتني ، لنهي النبي عليه السلام عن اللحم بالحيوان[٢٣٩] ؛ وَأما إذا فات اللحم فيجوز له أن يأخذ بالقيمة التي وجبت له

---

(٢٣٨) كلمة (والشاة) ساقطة في الأصل .

(٢٣٩) رواه مالك في الموطأ ، والشافعي في المسند ، عن سعيد بن المسيب مرسلاً ، ولم يصح مرفوعاً .
انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٦ : ٣٠٧ .

عليه ما[٢٤٠] شاء من حيوان الأنعَام وغيره ، يريد بعد المعرفة بقيمة الشاة ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن الرجل يستهلك صبرة الرجل من القمح فيجب عليه قيمتها ، فيريد أن يعطيه بها قمحاً يصالحه[٢٤١] عليه ،او شعيراً ، او سلتاً ؛ فقال ما استهلك من الطعام الذي لا يعرف كيله فوجب على مستهلكه غرْم قيمته ، فلا بأس أن يؤخذ منه بتلك القيمة من اصناف الطعام المخالفة للذي استهلك أو عرضاً من العروض يتعجل ذلك ولا يؤخره ؛ فإن صالحه على شيء من القمح أو الشعير او السلت لم يصلح على الخرص ، لأنه صار طعاماً جزافاً مصبراً بكيل من الطعام ،او مصبر يرى انه مثله ، ولا يوصل إلى استيقان اعتدالهما وتكافئهما في الكيل والطعام ؛ فالطعام لا يصلح الا مثلاً بمثل ، كيلاً بكيل ، وليس بالتحري ولا بالخرص ، ولكن إن صالحه على كيل لا يشك انه أدنى مما كان في الصبرة المستهلكة باليقين ، والأمر البين الذي يقطع الشك منه ، فلا بأس به ، وإنما هو حينئذ رجل اخذ بعض حقه ووضع بعضه ؛ ولا بأس إذا كان هكذا أن يأخذ قمحاً أو شعيراً أو سلتاً ، إذا استيقن انه اقل مما كان في الصبرة المستهلكة .

قال محمد بن رشد : قوله انه يجوز ان يصالحه على كيل لا يشك أنه ادنى مما كان في الصبرة المستهلكة باليقين والأمر البين الذي ينقطع الشك

---

(٢٤٠) في الأصل (من) .

(٢٤١) في الأصل (فيصالحه) .

فيه ، أي أقل كيلاً فيأخذ ذلك قمحاً او شعيراً او سلتاً ، هو خلاف نص قوله في المدونة، انه لا يجوز له ان يأخذ بعد حلول الأجل محمولة من سمراء أقل من مكيلته ، ولا شعيراً من قمح ، لأنه من بيع الطعام بالطعام متفاضلاً، لأن المحمولة قد تكون في بعض الأحوال أفضل من السمراء ، والشعير قد يكون أفضل من القمح ، فيكون ذلك مبايعة لا حطيطة ، فيدخله التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ؛ وقال اشهب انه جائز ، وهو مثل قول ابن القاسم في هذه الرواية لأنه لا يراعي ما قد تؤول إليه الأسواق من ارتفاع قيمة الشعير حتى لعله يكون أغلى من القمح أو ارتفاع قيمة المحمولة حتى لعلها تكون أغنى من السمراء ؛ ويرى أنه إذا اخذ من الشعير أقل من كيل ما كان له من القمح أو من المحمولة اقل من كيل ما كان له من السمراء ؛ والقمح في ذلك الوقت أغلى من الشعير، والسمراء اغلى من المحمولة ؛ فلم يبايعه وانما وضع عنه بعض حقه وتجاوز عنه في صفة بقيته ، وهو أظهر من قوله في المدونة لا سيما إذا أخذ شعيراً من قمح أقل من كيله ، لأن جل الناس يرون القمح والشعير صنفين ، فيجيزون التفاضل بينهما على ما قد جاء في الحديث من قوله فيه «وبيعوا القمح بالشعير كيف شئتم»[٢٤٢]. ولو أخذ محمولة من محمولة، أو سمراء من سمراء ، أو شعيراً من شعير أقل من كيله وادنى من صفته بعد حلول الأجل ، لجاز ذلك باتفاق ؛ إذ لا يكون الرديء من ذلك أفضل من جيده على حال ؛ ولو أخذ قبل محل الأجل في القرض[٢٤٣] سمراء من محمولة ، او قمحاً من شعير ، مثل كيله ، لجاز على قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وعلى قول أشهب ؛ ولم يجز على قول ابن القاسم في المدونة ، لما ذكره من ان الأسواق تختلف حتى يكون الشعير أنفق من القمح ، أو المحمولة أنفق من السمراء ، وبالله التوفيق .

---

(٢٤٢) رواه أحمد ومسلم من حديث عبادة بن الصامت .
انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٥ : ٢٠٤ .

(٢٤٣) جملة (في القرض) ساقطة في ق ٢ .

ومن كتاب الصلاة

وسئل ابن القاسم عن رجل مات فصالح ولده امرأته[٢٤٤] على شيء من المال قاطعها عليه ثم طرأ عليهم وارث أثبت نسبه ، فقال الصلح ماض جائز والوارث يأخذ حقه منهم أجمعين من جميع ما هلك عنه الميت ؛ قلت وكيف يأخذ منهم ذلك ؟ قال ان كان له سدس الميراث أخذ الرجل من كل رجل وامرأة من الورثة سدس ما في يديه مما أخذ[٢٤٥] بالميراث وإن كان له الربع أو الخمس فكذلك .

قال محمد بن رشد : قوله الصلح ماض جائز ، معناه إن كان الولد أو أحدهم صالح المرأة من ماله على ان يكون له الثمن ، لأن المصالح يتنزل فيه بمنزلتها ، فيأخذه[٢٤٦] من جملة التركة ولا يكون للوارث الطارىء في ذلك كلام ، إذ لا رجوع له على الزوجة بشيء ؛ لأنها ترث الثمن على كل حال ـ قل عدد الورثة[٢٤٧] ، او كثر ، وإنما ينظر إلى الجزء الذي يجب له مع جملة الورثة سوى الزوجة ـ قلوا أو كثروا ، استوت سهامهم ـ مثل ان يكون الورثة مع الزوجة أولاداً ذكوراً أو بناتاً إناثاً ، او اختلفت مثل أن يكون الورثة مع الزوجة ، أولاداً ذكوراً وإناثاً ، فيرجع بذلك الجزء على كل واحد منهم فيما بيده مما أخذه قل أو كثر ـ كما قال ، فيستوفي بذلك حقه ، ولا يتبع المليء منهم عن المعدم ؛ وقد قيل إنه إذا وجد أحدهم مليئاً ـ وقد أعدم الثاني ساواه

---

(٢٤٤) كلمة (امرأته) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٤٥) في ق ٢ (يأخذ) .

(٢٤٦) في ص ق ٣ (فيأخذ) .

(٢٤٧) في ق ٢ (الولد) .

فيما في يديه[٢٤٨] إن كان جزؤه مثل جزئه، أو رجع عليه بقدر جزئه من جزئه إن لم يكن جزؤه مثل جزئه ، ويتبعان معاً أصحابهما قياساً على المسألة التي في كتاب محمد ، وهي الرجل يترك زوجة وورثة غيرها فيقتسمون المال ثم تطرأ بعد ذلك زوجة أخرى فتجد هذه الزوجة الأولى التي اخذت الثمن كله عديمة أنها تترجع بحصتها في يد من وجدت مليئاً من الورثة، ثم يتبع ذلك الذي رجعت عليه بحصتها فيما في يده[٢٤٩] الزوجة الأولى معها ، وهذا اذا كان الذي اقتسموا دنانير ، أو دراهم ، أو ما يكال ، أو يوزن ؛ فإن كان غير ذلك ، انتقضت القسمة ؛ وأما إن كان الولد او احدهم صالح المرأة على ثمنها من التركة ، فلا يجوز ذلك على الوارث الطارىء الا أن يشاء ، إذ قد يترك الميت في التمثيل سبعين مثقالاً ، وداراً تساوي خمسة عشر مثقالاً او عشرين ، فيصالحها الورثة على ثمنها بالدار ، فلا يلزم ذلك الوارث الطارىء ، ولا من لم يصالحها على ذلك من الورثة ، وبالله التوفيق .

مسـألة[٢٥٠]

وسئل عـن الرجل يخاصمه الرجل في دار بيده ، فيصالحه على أن أعطاه مائة دينار وأبطل دعواه فيها ، ثم جاء رجل فاستحق الدار او نصفها ؛ فقال إن استحقت كلها رد المائة التي أخذ ، وإن استحق نصفها رد خمسين ، وعلى هذا الحساب يرد من المائة دينار بقدر ما يستحق من الدار .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه قد تبين باستحقاق الدار بطلان دعوى المدعي فيها ، فوجب أن يرد ما صولح به على دعواه التي قد

---

(٢٤٨) في ق ٢ ، ق ٣ (يده) .

(٢٤٩) في الأصل (يد) .

(٢٥٠) لفظة (مسألة) ساقطة في الأصل .

تبين كذبه فيها ؛ وكذلك إذا استحق منها النصف ، يرد نصف ما صولح به ، لأنه قد تبين كذبه في نصف دعواه ، الا ان يطول الزمان إلى مثل ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم ، فلا يرد المائة - قاله ابن القاسم في نوازل سحنون من[٢٥١] هذا الكتاب في[٢٥٢] بعض الروايات ؛ فيحمل قوله هناك على التفسير لقوله هنا ، وهذا إذا كان الصلح على الانكار ؛ وأما إذا كان على الإقرار ، فلا يرد شيئاً على قياس قول ابن القاسم في رواية عيسى من كتاب الاستحقاق في الذي يشتري العبد من الرجل فيستحق من يده ويقر المبتاع انه من تلاد البائع أنه لا رجوع له عليه بالثمن، وكذلك ما أشبهه؛ ولسحنون في نوازله من هذا الكتاب في بعض الروايات ، إنه يرد ما أخذ في الصلح إذا استحق الشيء المدعي فيه سواء كان الصلح فيه[٢٥٣] على الإقرار أو على الإنكار ، ومثله لأشهب في المجموعة ، وذلك مثل قوله وقول ابن وهب في سماع عبد الملك من كتاب الكفالة والحوالة على ما ذهب إليه الشيوخ ، خلاف ما حملنا عليه قولهما في الكتاب المذكور ، ولسحنون في نوازله من كتاب جامع البيوع ما ظاهره مثل رواية عيسى ، فالقولان متكافئان ، لكليهما وجه من النظر ، فوجه القول بأنه لا رجوع له عليه بما صالحه به ، إذا كان الصلح على الإقرار ، هو أنه لا يصح له أن يرجع عليه بما يعلم أنه لا يجب عليه ؛ ووجه القول الثاني أن الصلح إذا كان على الإقرار ، فهو بيع من البيوع ؛ لأن المدعي باعه من المدعى عليه ، وهو يقر أنه له ؛ فمِن حجته في الرجوع عليه انه يقول له انـت. أدخلتني في شرائِه فعليك أن تبطل شهادة من شهد علي بباطل حتى لا تؤخذ السلعة من يدي ، ويتهـم إذا لم يفعل ذلك بأنه قصر في الدفع إذ علم ان المشتري لا يتبعه ، فأراد ان يكلفه من الدفع في البينة ما هو الزم له منه ، وبالله التوفيق .

---

(٢٥١) في الأصل (في) .

(٢٥٢) في الأصل (من) .

(٢٥٣) كلمة (فيه) - ساقطة في ق ٢ .

ومن كتاب يشتري الدور والمزارع

وسئل عن الرجل يقتل الرجلين عمداً فيثبت ذلك عليه فيصالح أولياء أحد القتيلين على الدية وعفوا عن دمه وأبى أولياء الآخر إلا أن يستقيدوا منه ، فقال القود لمن أخذه ، ولا يمنع من قتله الولي الذي لم يرد الا القود ، من أجل ما رضي به الذين صالحوا على دم صاحبهم ؛ ولكن ان استقادوا ، بطل صلح الذين صالحُوه ؛ لأنه[٢٥٤] إنما صالحهم للنجاة من القتل ، فإذا أبى الآخرون إلا القود ؛ فلا يجمع عليه القتل وذهاب المال في أمر لم يدخل عليه به مرفق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ان الصلح لا يلزم المصالح إذا أبى الولي الآخر إلا القود،وفيه أيضاً فساد ان كان نفذ من اجل الخيار الذي للولي الثاني،فلا يجوز وإن أجازه الولي الثاني إلا على اختلاف،إذ قد اختلف في الصلح ينعقد بين المتصالحين على حرام ، فقيل إنه يفسخ ولا يجوز ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرام حلالاً[٢٥٥]. وهو قول مطرف، وابن الماجشون؛ وقيل إنه ينعقد إذا وقع في وجه الحكم ، لما روي[٢٥٦] أن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ اتى بصلح فقرأه ، فقال هذا حرام ، ولولا أنه صالح لفسخته[٢٥٧] . وهو قول اصبغ ، قال وأما فيما بينه وبين الله ، فلا يحل له أن

---

(٢٥٤) في ق ٢ (لأنهم) .

(٢٥٥) رواه أحمد وأبو داود والحاكم من حديث أبي هريرة ، وأخرجه كذلك الترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن عوف .

انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٤ : ٢٤٠ .

(٢٥٦) في ق ٢ (من ان) ـ بزيادة (من) .

(٢٥٧) في الأصل (لقسمته) .

يأخذ الا ما يجوز في التبايع ، وأما إذا وقع الصلح بمكروه ، فقيل انه يمضي ، وهو قول مطرف ، وقيل انه يرد ما لم يطل ، وهو قول ابن الماجشون ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن الرجل يدعي قبل الرجل أنه سرق غلاماً له ، وينكر المدعى عليه ، فيصطلحان على مال يغرمه المدعى عليه للمدعي ، ثم يوجَد العبد ، فقيل له لمن يكون : ألسيده ؟ أم للذي صولح حين ادعى عليه انه سرقه ؟ فقال يكون للذي ادعى عليه انه سرقه بالذي غرم في الصلح ؛ قيل له فلا يكون السيد أحق به إذا ظفره الله بعبده ، ويرد المال الذي اخذ بالصلح ؟ فقال ليس ذلك له ، لأنه لو وجد العبد أعور ، او أقطع ؛ أو وجده بعدَ زمان ـ وهو هرم أو دخله نقص يعطبه ، فقال الذي صالح عما ادعى عليه إذ[٢٥٨] جاء إليه بالعبد ، فاردد علي ما اخذت مني وخذ عبدك معيباً ، أو صحيحاً بحال ما وجدته ؛ فليس ذلك له ، ولا ينتقض عنه الصلح بظهور العبد ، لأنه وقع بأمر جائز حلال ، فهو ثبت[٢٥٩] بينهما ويكون العبد للذي صولح بما غرم ـ وجد صحيحاً أو معيباً[٢٦٠] .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو على معنى ما في المدونة ، لأنه لما ادعى عليه انه سرق غلامه فأنكر ، تعينت له عليه اليمين ، ومن حقه أن يردها على المدعي . فيحلف ويأخذ قيمة عبده ، فإذا اصطلحا ، فقد باع منه بما اصطلحا عليه ما كان يجب له به الرجوع عليه من قيمة عبده لو

---

(٢٥٨) في الأصل (إذا) .

(٢٥٩) في ق ٢ (يثبت) .

(٢٦٠) في ق ٢ (مصيباً أو صحيحاً) .

حلف على ألا يحلف ، فوجب ان يكون العبد للمدعى عليه ان وجد بما اخذ منه في الصلح على ألا يحلفه ، وإن كان على حاله التي كان عليها حين سرق أو افضل منها ، لأنه رضي بما اخذ ، ولو شاء استثبت ولم يعجل ، وكذلك اذا وجد ، وهو اقطع أو أعور ، ولا يكون للمدعى عليه ان يقول له هذا عبده فخذه ورد علي ما أخذت مني ، لأنه يقول له أنت سرقته مني وغيبته عني ، وقد وقع الصلح فيه بيني وبينك على أمر جائز ، فليس لك ان تنقضه ، ولو اقر صاحب العبد للمدعى عليه لما وجد العبد مقطوعاً أو أعور ، انه لم يسرقه منه ، وأنه ادعى عليه باطلاً ، لوجب عليه أن يأخذ عبده ويرد عليه ما أخذ منه ، وبالله التوفيق .

من سماع عبد المالك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد المالك سئل عبد الله بن وهب عن امرأة ذات زوج لها ارض فغرس زوجها فيها ، او بنى بنياناً ثم هلك ، فادعت ذلك البنيان ، أو الغراس أنها هي بنته بمالها ، أو غرسته ، وادعى ورثة زوجها ، ان العمارة لزوجها ؛ من أولى بتلك العمارة ـ إذا لم يكن لواحد منهما بينة أو قامت البينة لورثة الزوج ، فادعت المرأة[٢٦١] ان زوجها عمر لها أرضاً بنفقتها وبمالها، وأنكر ذلك ورثة[٢٦٢] الزوج وقالوا[٢٦٣] إنما أنفق ماله وعمر ، وغرس لنفسه في أرض المرأة ؛ فقال : إن كانت الأرض معروفاً أصلها للمرأة لا تدافع عنها بوجه من الوجوه ، فلم يقم لورثة الزوج بينة على نفقة ولا على ولاية بنيان ولا

(٢٦١) في الأصل (الزوجة) .
(٢٦٢) في الأصل (وانكرت لورثة) .
(٢٦٣) في ص ق ٣ (وقال) .

قيام عليه ، فالقول قول المرأة ، ولا شيء لورثة الزوج ولا للزوج لو كان حياً عليها اكثر من يمينها على ما يزعمون ؛ وإن عرفت نفقة الزوج وبنيانه إياه وقيامه ، فالمرأة مخيرة إن شاءت اعطته قيمته منقوضاً وإن شاءت طرحت ذلك ؛ وإن ادعت انه إنما بناه بمالها أو أنها اعطته ما بناه من مالها(٢٦٤) لم تصدق الا ببينة تقوم لها ، وكان عليها غرم ذلك ؛ قال وقال أشهب إذا كان الزوج حياً ، فالقول في ذلك قوله ؛ وإذا مات الزوج ، فالقول في ذلك قول المرأة ؛ الا تقوم بينة أن الزوج كان يدعي في حياته تلك المرمة ولو مرة واحدة ، فيكون القول في ذلك قول الورثة مع أيمانهم : ما يعلمون(٢٦٥) العمارة ولا شيئاً منها للمرأة. ومن كتاب الجواب من سماع عيسى قال عيسى وسألت ابن القاسم عن الرجل يبني في أرض امرأته بنفسه ورقيقه او يرم لها بعض ما ورث من بنيانها ، ثم يطلب النقض ، أو يموت فيطلب ذلك ورثته ؛ قال ابن القاسم ذلك له ان كان حياً ، أو(٢٦٦) لورثته ان كان ميتاً ، إذا علم أن الباني لذلك والقائم بـه ، فإن ادعت المرأة أنه إنما بناه من مالها ، وأنها أعطته ذلك وفوضت اليه ، حلف إن كان حياً ان لم تكن لها بينة ، وإن كان ميتاً حلف وورثته إن كانوا ممن قد بلغ علم ذلك ، أو ممن يبلغ منهم ، ثم استحقوا نقضهم .

قال محمد بن رشد : فرق ابن وهب في هذه الرواية بين أن تقر المرأة لزوجها أنه بنى البنيان وتدعي أنه إنما بناه بمالها وبين أن تنكر أن يكون

---

(٢٦٤) جملة (من مالها) ـ ساقطة في ق ٢ ز ، ق ٣ .

(٢٦٥) في الأصل (أن العمارة) ـ بزيادة (ان) .

(٢٦٦) في ق ٢ (ولورثته) .

بناه ، فيقيم هو البينة أنه بناه ، فقال انه إذا أقرت له بأنه بناه وادعت أنه إنما بناه بمالها ، يحلف[٢٦٧] أنه إنما بناه بماله مكذباً لدعواها[٢٦٨] ، كان له عليها ما أنفق ، وأنه إذا أنكرت أن يكون بناه ، فأقام هو البينة على أنه بناه ، لم يكن له الا نقضه يقلعه ، الا أن يشاء أن تعطيه قيمته منقوضاً ؛ وساوى ابن القاسم في رواية عيسى هذه عنه بين الوجهين في أنه لا يكون له الا قيمة نقضه منقوضاً أو يقلعه ، لأنه إذا قال ذلك في الذي أقرت له بالبنيان وادعت أنه بناه بمالها وحلف على ذلك ، فأحرى أن يقوله في الذي أنكرت أن يكون بناه هو فأقامت[٢٦٩] البينة على ذلك ، فلا اختلاف بينهما اذا أنكرت أن يكون بناه ، فأقام البينة على ذلك في أنه ليس له إلا نقضه يقلعه ، إلا أن يشاء أن تعطيه[٢٧٠] قيمته منقوضاً ، وانما اختلفا اذا أقرت له أنه بناه وادعت أنه بناه بمالها ؛ فقال ابن وهب له نفقته ، وقال ابن القاسم له نقضه يقلعه الا أن يشاء أن تعطيه[٢٧١] قيمته منقوضاً ؛ فحمل ابن وهب أمره في ذلك على الوكالة حتى يثبت عليه التعدي . وقوله في ذلك صحيح على قياس قول مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات ، وفي رسم البز من سماعه أيضاً من كتاب المديان والتفليس - في أن تصرف الرجل في مال امرأته ، محمول على الوكالة لا على التعدي ؛ وحمل ابن القاسم أمره في ذلك على العداء ، حتى يثبت أنها امرته بذلك ووكلته عليه ؛ ولو أقرت أنها أذنت له في البنيان بمالها ، فادعى هو أنه أنفق في ذلك ماله ، لكانت له نفقته عندهما جميعاً بعد يمينه أن النفقة في ذلك كانت من عنده ؛ وقد مضى بيان هذا أيضاً في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ، وفي كتاب آخر رسم

---

(٢٦٧) في الأصل (حلف) .

(٢٦٨) في ق ٢ (لدعواه) .

(٢٦٩) جملة (فأقامت البينة . . . ان يكون بناه) - ساقطة في ق ٢ .

(٢٧٠) في ص ق ٣ (يعطيه) .

(٢٧١) في ق ٢ (يعطيه) .

الكبش من سماع يحيى منه ؛ ونزل[٢٧٢] على مذهب ابن القاسم وابن وهب ورثة الزوج منزلته في الدعوى وإن لم تعلم منه في ذلك دعوى ، خلاف قول أشهب أنهم لا ينزلون منزلته في الدعوى الا أن تعرف منه الدعوى ، ووجه قوله أنه حمل بنيانه في دار امرأته وغرسه في أرضها[٢٧٣] على العطية منه لها ، لما بينهما من حرمة الزوجية التي تقتضي المعروف بينهما بخلاف الأجنبيين ، ألا ترى أنه قد قيل في هبة أحد الزوجين لصاحبه أنه لا ثواب له في هبته إياه ، إلا أن يشترط الثواب ؛ وهو قول ربيعة في المدونة ، وأحد قولي مالك فيها ؛ وقول أشهب في هذه المسألة على قياس قولهم في الذي ينفق على ولده ولهم[٢٧٤] بيده مال ناض قد[٢٧٥] ورثوه[٢٧٦] فيموت ، أنهم لا يحاسبون بما أنفق عليهم أبوهم من ماله ، إلا أن يكتب ذلك عليهم ويوصي أن يحاسبوا بذلك ، وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة تحصيل القول في هذا ، وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيع والصرف

قال أصبغ بن الفرج : وسئل ابن القاسم عن رجلين اصطلحا على أن رضي كل واحد منهما يمين صاحبه في كل ما يدعي كل واحد منهما وطرحا بيناتهما ، فمن حلف منهما على ما يدعي[٢٧٧]

(٢٧٢) في ق ٢ (وينزل) .
(٢٧٣) في ق ٢ (ارضه) .
(٢٧٤) في الأصل (وله) .
(٢٧٥) في ق ٢ (وقد) .
(٢٧٦) في الأصل (ورثه) .
(٢٧٧) جملة (كل واحد منهما . . . حلف منهما على ما يدعي) - ساقطة في ق ٢ .

عليه به صاحبه سقط عنه ، وإن نكل غرم بلا رد يمين، أو برد يمين ؛ فإن ادعى بعد ذلك شهادة أحدٍ ، فلا شهادة لهم ، فاصطلحا على هذا ؛ قال ذلك جائز ثابت لا بأس به ، قيل له : فإن كان هذا مكتوباً،فما ثبت لكل واحد منهما على صاحبه فهو يؤخر له به الى أجل مسمى ، فقال لا خير فيه ولا يعجبني إذا كان ذلك شرطاً يلزم فأما ان لم يكن شرطاً يلزم فلا بأس أن يتطوع بذلك وقاله أصبغ بن الفرج كله ، ولا أفسخ الذي أقر على أن يؤخره ، فاني أمضيه اذا وقع وألزمه الاقرار وأجعل له التأخير والأجل ، ولا أجد في حرامه من القوة والتهمة ما أبطله به ، وانما هو أحد وجهين : أن يكون حقاً عليه فهي نظرة ، أو يكون باطلاً ليست عليه فيتطوع به له لأجل ، كالهبة والهدية والله أعلم ؛ قال أصبغ وهو الذي وجدت الناس على امضائه ولا أعلمه إلا وقد قاله هو أيضاً ورجع اليه واختلف قوله فيه أيضاً .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ إن الصلح إن وقع على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه بما ثبت عليه بنكوله أو يحلف صاحبه ، فهو مكروه ولا يفسخ ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون حقاً فهي نظرة ، أو باطلاً فهي هبة ، ليس ببين ، لأنه يخشى أن يكون ما يثبت[٢٧٨] لكل واحد منهما على صاحبه حقاً فيكون قد أخر كل واحد منهما صاحبه بما ثبت له عليه على أن يؤخره هو بما ثبت له عليه ، فيدخله أسلفني وأسلفك ، ويخشى أن يكون أيضاً لأحدهما على صاحبه أقل من العدد الذي يؤخره به ، فيكون انما نكل عن اليمين وردها على صاحبه ليؤخره بالخمسة التي له[٢٧٩] عليه إلى أجل على أن يعطيه بها عشرة عند الأجل ، الا أن هذا لا يتحقق ، فالأظهر إجازة الصلح كما قال ، لا

---

(٢٧٨) في ق ٢ (ثبت) .

(٢٧٩) كلمة (له) ساقطة في ق ٢ .

سيما ومن[٢٨٠] مذهبه أن الصلح على الحرام يجوز عنده في وجه الحكم ، ولا يفسخ وإن كان لا يجوز عنده لأحد المتصالحين فيما بينه وبين الله الا ما يجوز في التبايع ، وفي هذا تفصيل ؛ أما اذا انعقد الصلح على الحرام بين المتصالحين ، فلا يجوز ويفسخ باتفاق ؛ مثل أن يدعي رجل على رجل دعوى فينكره في بعضها ، فيصالحه على جميعها بما يتفقان عليه على أن يسلف أحدهما صاحبه سلفاً ، فهذا لا يجوز باتفاق ، لأنه بيع وسلف ، وأما إن ادعى رجل على رجل دعوى أنكره في جميعها ، فصالحه عنها بما سمياه على أن أسلف أحدهما صاحبه سلفاً أو ما أشبه ذلك مما هو في معناه ، مثل أن يدعي رجل على رجل إردب قمح فينكره فيه ، فيصالحه عنه على شعير إلى أجل ؛ ومثل أن يدعي عليه حقاً فينكره فيه فيصالحه عنه على سكنى دار أو خدمة عبد ، وما أشبه ذلك ؛ فإن هذا لا يجيزه مطرف وابن الماجشون ، ويفسخانه ولا يمضيانه ، ويجيزه أصبغ ويمضيه في وجه الحكم ولا يفسخه ؛ لأن المطلوب يدعي صحته ويريد اجازته ويقول للطالب إن كنت محقاً في دعواك ، فلا يحل لك أن تأخذ فيما تدعي ما لا يجوز لك[٢٨١] أن تأخذه في البيوع ، ووجه المخرج له من ذلك إن كان صالح عن القمح بشعير أن يبيع الشعير ويشتري منه القمح الذي له ويدفع بقيته إن كان فيه فضل إلى صاحبه ، وإن كان صالح عن حق بسكنى دار واستخدام عبد لم يسكن الدار ولا استخدم العبد ، وأكرى ذلك بالنقد ، فاستوفى منه حقه ودفع الفضل إن كان فيه فضل إلى صاحبه ؛ ولو رفع ذلك الى الامام فكان هو الذي يفعل ذلك ، لكان أخلص له - والله أعلم ؛ وأما اذا وقع الصلح على وجه ظاهره الفساد ولا يتحقق في جهة واحد من المتصالحين ، فهذا لا يفسخ باتفاق ، وتورع كل واحد منهما في خاصة نفسه ، وذلك نحو مسألتنا هذه في هذه الرواية ، وبالله التوفيق .

---

(٢٨٠) في ق ٢ (ولا سيما من) .

(٢٨١) كلمة (لك) ساقطة في الأصل .

مسألـــة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يدفع الى الصراف الدينار يزنه فيقول الصراف قد رددته اليك ، ويقول الرجل لم ترده إلي وهما في مجلسهما ومكانهما ، قال القول قول الصراف ويحلف .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن القول قول الصراف مع يمينه أنه قد رده اليه إذا كان إنما دفعه اليه ليزنه له ويرده اليه ، لأنه مؤتمن على رده ولو دفعه اليه ليزنه فيعطيه صرفه ، فقال قد رددته اليك اذ لم أجده وازناً وأنكر دافعه ، لوجب أن يكون القول قول صاحب الدينار إنه ما صرفه إليه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع

قال وسئل ابن القاسم عن رجلين شهدا على رجل أنه قال لفلان علي مائة دينار ، أو لفلان[٢٨٢] لا يدريان أيهما هو ، قال ليس عليه أن يغرم أكثر من المائة ، ثم يحلف هـذان المسميان ، ثم يقتسمان المائة بينهما ؛ قال أصبغ يحلف كل واحد منهما أنه هو ، وأن له[٢٨٣] عليه مائة ثابتة ؛ فمن نكل منهما فهي للآخر إن حلف ؛ وإن نكلا جميعاً اقتسماها بينهما بغير يمين بمنزلة حلفهما جميعاً ، فـإن رجع الشهيـدان عن[٢٨٤] شهادتهمـا بعـد الحكم وزوروا

---

(٢٨٢) في ق ٢ (ولفلان) .

(٢٨٣) كلمة (له) ساقطة في ق ٢ .

(٢٨٤) في الأصل (على) .

أنفسهما ، غرما ذلك للمشهود عليه إذا كان يوم شهدا منكراً[٢٨٥] لشهادتهما .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ هذا مفسر لقول ابن القاسم ، وفي قوله فان رجع الشهيدان في شهادتهما بعد الحكم وزوروا أنفسهما، غرما ذلك للمشهود عليه إذا كان يوم شهدا منكراً لشهادتهما ، دليل على أنه لا فرق فيما يلزم المقر بهذه الشهادة بين أن يكون مقراً بها ، أو منكراً لها ، وانما يفترق ذلك فيما يلزم الشهيدين من الغرم برجوعهما عن الشهادة ، خلاف ما ذهب اليه ابن دحون فيما رأيت له أنه قال معنى هذه المسألة أن المقر هو الشاك ، وأنه أنكر اقراره فيلزمه بالبينة ، غرم المائة يقتسمانها بينهما ؛ ولو كان مقراً بما قال ، للزمه غرم مائتين[٢٨٦] . وقوله لا يدريان أيهما هو ، معناه أنهما لا يدريان ذلك من أجل أن المشهود عليه هو الذي قال لفلان علي مائة دينار أو لفلان من أجل أنه لم يدر لمن هي منهما، فحصل الشك من المشهود عليه لا من الشاهدين، ولو كان الشك من الشاهدين بأن يقولا أشهدنا فلان أن عليه مائة دينار لأحد هذين الرجلين وسماه لنا ، إلا أنا لا ندري من هو منهما نسيناه ، لما جازت شهادتهما على المشهور في المذهب ، وحلف لكل واحد منهما - إن كان منكراً أو لمن أنكر منهما - إن كان مقراً لأحدهما ؛ وقد قيل أن شهادتهما جائزة يلزمه بها مائة واحدة تكون لمن حلف منهما ان نكل أحدهما ، أو يقتسمانها بينهما إن حلفا أو نكلا ، وهو الذي يأتي على ما وقع في أصل الأسدية من كتاب الايمان بالطلاق من المدونة ، ولابن وهب في رسم الأقضية والوصايا من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ، وقد قيل في هذا النحو من الشهادات انها تجوز في الوصية بعد الموت ، ولا تجوز على الحي ؛ فيتحصل فيها ثلاثة أقوال في الجملة : اجازتها في الوجهين، وابطالها في

---

(٢٨٥) في الأصل (منكر شهادتهما) .

(٢٨٦) في ق ٢ (ما تبين) .

الوجهين ، والفرق بين الموضعين ؛ وكذلك يتحصل ثلاثة أقوال في الذي يقر بالمائة لأحد هذين الرجلين من دين أو وديعة لا يدري لمن هي منهما ، أحدها أنها لا تلزمه الا مائة واحدة تكون لمن حلف منهما . والثاني أنه يلزمه أن يغرم مائة لكل واحد منهما . والثالث الفرق بين الوديعة والدين ، وقد مضى هذا في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى من هذا الكتاب ، ومضى الكلام على المسألة مستوفى في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، لتكرر المسألة هناك ، والله الموفق .

ومن كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ سمعت ابن القاسم وسئل عمن ادعى قبل رجل جارية أنه رهنها عنده ، ويقول الآخر إنما اشتريتها منك ، فشهد للمدعي شاهدان أنه رهنها عنده ، وشهد للآخر شاهدان أيضاً على الاشتراء . ولا يدرى الرهن أولاً أو البيع ؟ قال : الاشتراء أولى إذا قامت له البينة أنه اشترى ، فهو أثبت ، لأنه قد ثبت أنها له ؛ فالاشتراء أثبت ، الا أن يقيم المدعي البينة أنه رهنه اياها بعد الاشتراء ، فيعرف أنها قد رجعت اليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن بينة الشراء قد أحقت انتقال الملك بالبيع ، فوجب الا يبطل ذلك باشهاد على الرهن ، لاحتمال أن يكون الرهن قبل البيع ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب محض القضاء

وسئل ابن القاسم عن رجلين ادعيا داراً فأقام أحدهما شاهدين

والآخر شاهداً والشاهد أبرز في العدالة ، والدار ليست في يد واحد منهما ؛ قال : الدار لصاحب الشاهدين ، قال أصبغ صاحب الأبرز مع يمينه أحق .

قال محمد بن رشد : قد اختلف قول ابن القاسم في هذا ، فروى أبو زيد عنه في كتاب الشهادات مثل قول أصبغ ، ومثله ذكر ابن المواز في كتابه أنه يقضي بالشاهد الواحد ـ وان(٢٨٧) كان الذي شهد بخلافه(٢٨٨) أربعة دونه في العدالة ، وقول ابن القاسم في هذه الرواية أظهر ؛ اذ من أهل العلم من لا يرى الحكم باليمين مع الشاهد أصلاً ، ومنهم من لا يرى الترجيح بين البينتين أصلاً ؛ فالقول بأنه يقضي بالشاهد الواحد مع يمين صاحب الحق اذا كان أعدل من الشاهدين ، اغراق في القياس ، ومثل قول ابن القاسم في هذه الرواية حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون قالا : ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه ، وقد مضى في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات ذكر الاختلاف في الترجيح بين الشهود ، وفي آخر سماع عيسى منه ـ القول في الترجيح بين المعدلين ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة(٢٨٩)

قال وسألته عن العبد يدعي العتق من سيده عند موته ، فيريد أن يحلف الورثة من علم ذلك ؛ قال : ما ذلك له ، قلت فإن ادعى أن الوارث قد(٢٩٠) حضر ذلك فأراد استحلافه ، فقال ليس ذلك له ؛ قال أصبغ ولا بشاهد أيضاً هنا(٢٩١) .

---

(٢٨٧) في ق ٢ (ان) .

(٢٨٨) في ص ق ٢ (بخلاف) .

(٢٨٩) لفظة (مسألة) ساقطة في الأصل .

(٢٩٠) كلمة (قد) ساقطة في الأصل .

(٢٩١) في ق ٢ (ههنا) .

قال محمد بن رشد : أما اذا لم يكن له شاهد على ما يدعيه من عتق سيده اياه فبين أنه لا يمين على الورثة : وإن ادعى العبد عليهم أنهم قد حضروا ذلك وعلموا به ؛ لأن اليمين اذا لم تجب على السيد ، فأحرى ألا تجب على الورثة ؛ وأما إذا كان له شاهد على عتق سيده اياه وادعى على الورثة علم(٢٩٢) ذلك ، فقول أصبغ ههنا أنه لا يمين عليهم مع تحقيق الدعوى بالمعرفة عليهم(٢٩٣) بعيد ، وقد روى ابن القاسم عن مالك في رسم قطع الشجر من سماعه من كتاب العتق أن الورثة يحلفون ما علموا بعتق صاحبهم إذا لم يجد الا شاهداً واحداً، ظاهره وان لم يدع المعرفة عليهم ؛ ومثله في المدونة ، وههنا يصح الخلاف ؛ لأنها يمين تهمة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ وسألت ابن القاسم عن الرجل يدعي حقاً قبل الرجل فيقول(٢٩٤) احلف لي أن ما ادعي عليك ليس حقاً ، وأبى فيقول له بل احلف أنت وخذ ، فاذا هَمَّ المدعي أن يحلف ، بدا للمدعى عليه وقال لا أرضى بيمينك ولم أظنك تجتري على اليمين ؛ هل ذلك عند سلطان وعند غير سلطان سواء ؟ قال ليس ذلك للمدعى عليه أن يرجع ويحلف المدعي ويحق حقه على ما أحب الآخر أو كره ؛ لأن المدعَى عَليه قد رد عليه اليمين ، فليس له الرجوع فيها ؛ وسواء كان ذلك عند سلطان أو غير سلطان ـ اذا شهد عليه بذلك ، وهو الحق ـ ان شاء الله .

قال محمد بن رشد : تكررت هذه المسألة على ـ نصها ـ في رسم

---

(٢٩٢) سقطت كلمة (علم) في الأصل .

(٢٩٣) في ق ٢ (عليهم بالمعرفة) .

(٢٩٤) هكذا في الأصل ، وفي ق ٢ ، ق ٣ (فيقول له احلف) ـ بزيادة (له) .

الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، ومثل قوله هذا في كتاب الديات من المدونة ،ولا خلاف أعلمه من أنه ليس له أن يرجع الى اليمين بعد أن يردها على المدعي ، واختلف هل له أن يرجع اليها بعد أن نكل عنها ـ ما لم يردها على المدعي ، فقيل[٢٩٥] ليس ذلك له وهو ظاهر ما في الديات من المدونة ، ورواية عيسى عن ابن القاسم في المدنية ؛ وقيل ذلك له وهو ظاهر قول ابن نافع في المدنية ، والقولان محتملان ، وبالله التوفيق .

من[٢٩٦] مسائل نوازل سئل عنها أصبغ

وسئل أصبغ فقيل له الرجل يدعي السلعة بيد الرجل فيخاف على سلعته أن تتلف فيشتريها من الذي هي في يديه ، ثم يريد القيام عليه بعد ذلك ببينة فقال: ان كان لم يعلم أن له بينة ولم يعلم بذلك ، فذلك له إن ثبتت البينة ويرجع بماله ، وان كان قد علم أن له بينة وعرف موضعها ، فلا أرى له بعد ذلك كلاماً ولا حجة ؛ وإن زعم انه إنما اشتراها بداراً ومخافة أن يغيبها أو ينفقها ـ وإنما ذلك ـ عندي مثل الرجل يصالح وهويعلم أن له بينة ، إلا أن تكون بينته بعيدة جداً ويكون قد أشهد قبل أن يشتريها ـ أنه إنما يشتريها لما يخاف من أن يغيبها الذي هي في يديه لموضع غيبة بينته وبعدها ، ثـم يقوم بعد ذلك عليه ، فأرى ذلك ينفعه إذا كان كذلك ، وإلا فلا كلام له ولا حجة ؛ قال وان أتى ببينة بعد الاشتراء ، وزعم انه لم يعلم بها ، وقال البائع قد علمت واشتريت على علم بهـا أو صالحت ؛ فالقول قوله انه لم يعلم[٢٩٧] مع يمينه ، إلا أن يثبت عليه

---

(٢٩٥) في ق ٣ (فقال) .

(٢٩٦) سقطت كلمة (من) في ق ٢ .

(٢٩٧) في ق ٢ (يعلم بها ، وقال : الا ان يشترط) .

أنه قد علم ؛ لأنه ثبت له الرجوع بماله وأخذه ، فالبائع مدع عليه ما يسقط ذلك بالثبت عليه .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ في هذه الرواية ان له ان يقوم بعد الصلح ببينته التي علم بها إذا كانت بعيدة جداً وقد كان[٢٩٨] أشهد قبل أن يشتريها أنه إنما يشتريها مخافة أن يغيبها الذي هي في يديه لبعد غيبة بينته ، خلاف ظاهر ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس من أنه لا ينتفع بالاشهاد قبل الصلح في مغيب بينته ، إذ لم يفرق في ذلك بين قرب الغيبة من بعدها ، والأولى أن يتأول على أنه إنما تكلم على أن غيبة الشهود غير بعيدة جداً[٢٩٩] ، فيكون قول أصبغ هذا مفسراً لقول ابن القاسم هناك ؛ ولا احتمال في أنه لا ينتفع بالاشهاد في السر إذا كانت غيبته غير بعيدة ، وقد مضى هناك تحصيل القول في هذه المسألة بتقسيم[٣٠٠] وجوهها ، فلا معنى لإعادته مرة أخرى ، وبالله التوفيق .

مســألة

قيل لأصبغ رجل توفي فجاءت امرأته (بصداقها على زوجها)[٣٠١] فأنكر وارثه ، غير أنه أشهد نفراً فقال إن قامت على ما تذكر بينة عدلة ، فهو في مالي ؛ فشهد على الصداق شاهد عدل ، فقال قد قلت إن أقامت بينة ، فالواحد ليس ببينة ، إنما أردت شاهدين ؛ قال ذلك له ويحلف ويبرأ حتى تقيم شاهدين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه الظاهر من قوله ، مع أنه

---

(٢٩٨) في ق ٢ (وكان قد) .

(٢٩٩) عبارة (جداً فكيف قول أصبغ . . . غير بعيدة) ساقطة في ق ٢ .

(٣٠٠) هكذا في ص ق ٣ ، وفي ق ٢ (بتفسير) .

(٣٠١) جملة (بصداقها على زوجها) ـ ساقطة في الأصل .

لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه ، فإذا حلف برىء ولم يلزمه في مـاله شيء ، وحلفت هي مع شاهدها أن ما شهد به حق ، وإنها ما قبضت ولا وهبت ، وإنه لباق عليه إلى حين يمينها وتستوجب[٣٠٢] حقها في تركته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الأول من سماع أصبغ

قال أصبغ سألت ابن القاسم عن الوصي أيصالح لليتامى ؟ قال نعم إذا رأى لذلك وجهاً ، وكان على وجه النظر ؛ قلت له وكيف يعرف وجه ذلك : أبالسلطان ؟ قال بل يصالح فان طلب نقض ذلك بعد ورفع نظر السلطان فيه ـ إذا رفع إليه ، فان رأى وجه ضرر نقضه ، وهو أبداً جائز حتى يرى وجه (ضرر)[٣٠٣] غير وجه النظر .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة في بعض الروايات ، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن اليتيم الذي إلى نظره فيما طلب له من حق أو طلب به في أن يأخذ بعض حقه الذي يطلب له ، ويضعه إذا خشي ألاّ يصح[٣٠٤] له ما ادعاه ، وبأن يعطي من ما له بعض ما يطلب به إذا خشى أن يثبت عليه جميع ما يطلب له . وهو له في النوادر مكشوفاً خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون من أنه يجوز له أن يصالح عنه[٣٠٥] فيما طلب له من حق ، بأن يضع بعضه ويأخذ بعضه ؛ ولا يجوز له أن يصالح عليه فيما طلب به ببعض ذلك ، والصواب ألاّ فرق بين الموضعين كما ذهب اليه ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

---

(٣٠٢) في الأصل (تستحق) .

(٣٠٣) كلمة (ضرر) ساقطة في الأصل .

(٣٠٤) عبارة (الا يصح له ما ادعاه . . . يطلب به إذا خشي) ـ ساقطة في ق ٢ .

(٣٠٥) في ق ٢ (عليه) .

مسـألة

وسئل ابن القاسم عن دابة ادعاها رجلان وليست بيد واحد منهما ، فأقام احدهما البينة أنها نتجت عنده ، وأقام الآخر البينة أنها اشتراها من المغانم ؛ قال أراها للذي اشتراها من المغانم ، ولا يشبه الذي اشتراها من سوق المسلمين ؛ لأن هذه تسرق وتغصب وتؤخذ بغير حق ، وليست تحاز عن الذي نتجت عنده إلا ببينة تثبت عليه أنه باعها ، أو بأمر يحاز يستيقن أنها خرجت من يد صاحبها ، وأن الذي يشتري من المقاسم يستيقن أنها خرجت من يد صاحبها حين حازها المشركون ؛ فالمشتري أولى بها لحيازة المشركين اياها ، قال ولو وجدت في يد الذي نتجت عنده وأقام هذا البينة أنه اشتراها من المغانم ، اخذها منه أيضاً ، وكان أولى بها ؛ إلا ان يشاء أن يدفع اليه الثمن ويأخذها .

قال محمد بن رشد : وهذه المسألة أيضاً وقعت في بعض الروايات وهي مسألة صحيحة ، والمعنى فيها بين ، لأن ملك المشركين لها ، يرفع ملك سيدها عنها ؛ فيكون من اشتراها من المغانم ، كمن[٣٠٦] اشتراها من سوق المسلمين بعد أن علم أن الذي نتجت عنده باعها أو وهبها أو تصدق بها ، وبالله التوفيق .

تم كتاب الدعوى والصلح ـ والحمد لله[٣٠٧] .

---

(٣٠٦) في ق ٢ (مثل) .

(٣٠٧) في ق ٢ (بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على محمد وآله وسلم) .



(١) (كتاب الاستلحاق) (٢)

من سماع ابن القاسم من مالك - رواية سحنون من كتاب قطع الشجر -

قال سحنون أخبرني ابن القاسم قال سئل مالك عن المولى يعتق أبوه في الزمان الأول ثم يهلك ولا يدع وارثاً إلا مولى وقرابة يلقاهم إلى أب جاهلي[٣] ، قال إن كان مجهولاً فلا يرثه قرابته وإن[٤] لم يكن مجهولاً وكان من أهل قرية افتتحت عنوة فسكنها أهل الإسلام وصارت دارهم ، فإن من اعتق من أولئك ويسلم من بقي من قرابتهم، فأرى أن يتوارثوا بالنسب ولا يكون لمواليه من ميراثه شيء، وذلك أنهم سكنوا مع قرابتهم بقريتهم ومكانهم وليسوا مثل[٥]

---

(١) إلى هنا تنتهي نسخة ق ٢ ، وقد بدا اضطرابها فجعلت مكان « كتاب الاستلحاق» - « كتاب الجعل والاجارة » ، فاضطررنا إلى تصوير نسخة تطوان للاستعانة بها عند المقابلة مع الأصل - وهي تحمل رقم (٩٤٠) - المجلد الثامن ، ونرمز اليها بحرف (ت) .

(٢) العنوان ساقط في الأصل .

(٣) في ص ق ٣ (جاهل) والتصويب من (ت) .

(٤) في الأصل (ان) .

(٥) في ت (من) .

المحمولين[٦] الذين يؤتى بهم من بلد آخر فيتعارفون في دار الإسلام ، فيقولون (نحن أخوة وقرابة ما كانت)[٧] ، فان أولئك لا يتوارثون ؛ وأما هؤلاء الذين ذكرت أنهم لم[٨] يخرجوا من مكانهم وسكن أهل الاسلام دورهم[٩] وصارت دارهم دار أهل الإسلام ، فإن هؤلاء يتوارثون[١٠] بالقرابة ، وإن لم تثبت قرابتهم ، إلا إلى أب[١١] جاهلي ، فإن أولئك يتوارثون . قال ابن القاسم : وقال لي مالك لو[١٢] أن أهل حصن أسلموا أو جماعة لهم عدد فتحملوا الى بلد المسلمين ، رأيت أن يتوارثوا بأنسابهم ؛ وأما النفر اليسير مثل الثمانية والسبعة ، فلا أرى أن يتوارثوا ، قال ابن القاسم والعشرون عندي عدد يتوارثون ، قال سحنون لا أرى[١٣] العشرين عدداً يتوارثون .

قال محمد بن رشد : اختلف قول مالك في ولادة الشرك هل يتوارث بها في الإسلام أم لا ـ على قولين ، أحدهما ـ وهو قوله الأول أنه لا يتوارث بها في الإسلام وإن[١٤] ثبت النسب بعدول من المسلمين على ظاهر ما روي من أن عمر بن الخطاب أبى أن يورث أحداً من الأعاجم إلا أحداً ولد

(٦) في الأصل (المجهولين) .
(٧) ما بين القوسين بياض في الأصل ، اثبتناه من نسخة (ت)
(٨) كلمة (لم) ساقطة في الأصل .
(٩) في ت (معهم) .
(١٠) في الأصل (لا يتوارثون) بزيادة (لا) .
(١١) في الأصل (إلا أن الأب) .
(١٢) في ت (ولو) .
(١٣) كلمة (لا) ساقطة في ت .
(١٤) في الأصل (ان) .

في الغرب ، وهو قول ابن الماجشون وأبيه[١٥] عبد العزيز بن أبي سلمة ، والمغيرة ، وابن دينار ، وربيعة ، وابن هرمز . والثاني الذي رجع إليه أنه لا يتوارث بها إلا أن يثبت النسب بالبينة العدلة ، مثل الأسارى من المسلمين يكونون عندهم ، أو الحربيين يأتون بأمان فيسلمون ، أو يسبون فيعتقون ويسلمون ، وقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب ؛ ذكر ابن أبي شيبة عن الشعبي أن عمر بن الخطاب كتب إلى شريح ألاَّ يورث الحميل إلا ببينة ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم ، ورواه عن مالك ؛ فقال إنما تفسير قول عمر لا يتوارث بولادة الأعاجم في الدعوى خاصة ؛ وأما إن ثبت ذلك بعدول من المسلمين كانوا عندهم فهم كولادة المسلمين وهو الصحيح في النظر ، إذ لم ينص عمر فيما روي عنه أنهم لا يتوارثون بحال وإن ثبت النسب ببينة ؛ فتفسير قوله بقوله أولى من أن يحمل على الاختلاف ؛ وإن شهد على قياس هذا القول بعضهم لبعض وهم عدول ، جازت شهادتهم إلا أن يشهد المشهود لهم للشهود أيضاً ، فلا يجوز ذلك إلا على اختلاف ؛ وهذا الاختلاف ـ عندي ـ إنما هو في العدد اليسير يتحملون من بلاد الحرب إلى بلاد المسلمين ، فيثبت نسبهم بشهادة المسلمين؛ وأما العدد الكثير يتحملون[١٦] من أهل الحصن فيقرون[١٧] أنهم قرابة ، فلا اختلاف أنهم يتوارثون بأنسابهم وإن لم يكونوا عدولاً، لوقوع العلم بإقرارهم من جهة الخبر لا من طريق الشهادة، ولا حد في عددهم ؛ لأن المعني في ذلك إنما هو حصول العلم بخبرهم ، وذلك لا يكون إلا في العدد الذي لا يمكن أن يتواطؤوا على القول بذلك والاخبار به . فقول سحنون في أخذ هذه المسألة أصح من قول ابن القاسم . وقوله في أول المسألة قال إن كان محمولاً فلا ترثه قرابته ، معناه على ما حكيناه من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، معناه إذا لم يعرف أنهم قرابة إلا بدعواهم

---

(١٥) في ت (واليه ذهب) .
(١٦) في ت (يحملون) .
(١٧) في الأصل (يفرون) .

وبشهادة بعضهم لبعض وأما لو[١٨] عرف أنهم قرابة بشهادة شاهدين عدلين من سواهم ، لكان لهم الميراث ، وكانوا أحق به من مولاه ، فيحتمل أن يكون قوله هذا على القول بأن الشهود إذا شهد بعضهم لبغض هؤلاء لهؤلاء ، وهؤلاء لهؤلاء، لم تجز شهادتهم، ويحتمل أن يكون إنما قال ذلك من أجل أن الميت قد ثبت ولاؤه لمولاه؛ فيتحصل على هذا في إجازة شهادتهم إذا شهد بعضهم لبعض ؛ ثلاثة أقوال، أحدها أنها تجوز. والثاني أنها لا تجوز ، والثالث الفرق بين أن يكون الميت قد ثبت ولاؤه لمن أعتقه ، أو لمن يجب[١٩] ذلك له بسبب العتق ، وبين أن يكون حراً لا ولاء لأحد عليه؛ ويدل على هذا الفرق ما وقع في موطأ ابن وهب عن مالك أن المسبيين لا يتوارثون بشهادة بعضهم لبعض ، بخلاف المتحملين ، لأن الفرق بين المسبيين والمتحملين إنما هو أن المسبيين قد تقرر ولاؤهم لمن أعتقهم، ووجب لهم ميراثهم بولاء، فلا يبطل ذلك إلا بشهادة غيرهم ، لا بشهادة بعضهم لبعض ؛ والمتحملون لا ولاء لأحد عليهم ، وبهذا المعنى اعتل الشافعي في الفرق بين المسألتين ، وهو فرق ظاهر ، فقال إذا جاءوا مسلمين لا ولاء لأحد عليهم ، قبلنا دعواهم ؛ وإن كانوا قد أدركهم السبي والرق وثبت عليهم الولاء والملك ، لم تقبل دعواهم إلا ببينة ، وقد وقع في التفسير الثالث قال ابن القاسم لو أن أهل حصن من الحصون سبوا جميعاً بأسرهم ثم كانوا بموضع يتعارفون فيه ، وأسلموا عند من ملكهم ، لم يتوارثوا بتلك الأنساب ؛ ولو أنهم إذ غلبوا على بلدهم ، ترتهم الإمام إذ أخذهم وضرب عليهم الجزية ، توارثوا بأنسابهم ؛ قال والأمور تفترق بلا حجة ولا قياس ، وعلينا في كل ما ثبت من ذلك من قول أهل العلم الاتباع ، وليس ذلك بصحيح ؛ لأن الفرق بين المسألتين هو ما ذكرته وحكيته عن الشافعي . وقوله في أهل القرية التي افتتحت عنوة فسكنها أهل الإسلام

---

(١٨) في الأصل (وما قد عرف) .

(١٩) في ت (يجوز) .

معهم أنهم يتوارثون بأنسابهم، بخلاف المحمولين الذين يؤتى بهم من بلد آخر فيتعارفوا في دار الإسلام ، أن أولائك لا يتوارثون بأنسابهم ؛ معناه إذا كان عدد أهل القرية كثيراً ، وعدد المحمولين يسيراً . ولو كان هؤلاء يسيراً وهؤلاء يسيراً ، لما توارث هؤلاء ولا هؤلاء بإقرار بعضهم لبعض ، إلا أن يكونوا عدولاً ، على الاختلاف (في إجازة)[٢٠] شهادة الشهود إذا شهد هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء ، أو كان هؤلاء كثيراً لتوارث هؤلاء وهؤلاء بشهادة بعضهم لبعض ، وإن لم يكونوا عدولاً ، لوقوع العلم بقولهم من جهة الخبر ، على ما ذكرناه ، فهذا وجه القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله طلق ابن حبيب

قال وسئل مالك عن الحامل من غير زوج تلد في أرض الإسلام[٢١] توأماً بأيّهم يتوارثون ؟ قال أرى أن يتوارثا من قبل الأم ، قيل له فولد الملاعنة بأيهما يتوارثان ؟ قال بأصلهما ، فقيل له من قبل الأب ؟ قال نعم ، وقد كان عمر بن الخطاب يليط أولاد الجاهلية وهم زنى بآبائهم ، فقيل له فالتي تأتي حاملاً من أرض الشرك تسبى فتلد في الإسلام توأماً ؟ قال يتوارثان من قبل الأب وهذا بين ، وإنما مثل ذلك مثل ما لو جاء أهل قرية يريدون الإسلام - وامرأة حامل - فولدت في أرض الإسلام ، فهم يتوارثون من قبل أبيهم[٢٢] فقيل له إنه لا يدري الزوج أو غيره ؟ فقال هو من الزوج إذا كان في الشرك وقد ألاط عمر بن الخطاب ما كان في الشرك وهو زنى .

---

(٢٠) في الأصل (على اختلاف شهادة . . .) .

(٢١) في ت ق ٣ (في ارض الإسلام تلد) .

(٢٢) في الأصل (الأب) .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة وقد كان عمر بن الخطاب يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم وهم زنى بآبائهم يريد بالقافة ، إنما يصح الاحتجاج به على التي تأتي حاملاً من أرض الشرك ، فتلد توأماً ، فكان صوابه أن يكون بإثرها لا بإثر مسألة الملاعنة ، وقد يحتمل أن يريد بوجه احتجاجه أنه (إذا)[٢٣] كان عمر يليط أولاد الزنى ـ في حال ما ـ بآبائهم فأحرى أن يتوارث أتوام الملاعنة من قبل الأب ، إذ ليس بزنى ، لشبهة الفراش . وقد اختلف في أتوام الملاعنة ولم يختلف في أتوام المسبية والمستأمنة أنهما يتوارثان[٢٤] من قبل الأب والأم ، وفي أتوام المغتصبة اختلاف ، وقد اختلف أيضاً في أتوام الزانية وقد مضى القول على ذلك (كله)[٢٥] مستوفى بالدلالة عليه في أول سماع ابن القاسم من كتاب اللعان ، فلا معنى لإعادته ههنا مرة أخرى ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك عن جدة الأب ـ أم أب الأب ـ إذا لم يكن ثم غيرها من الجدات ولا أم ، أترث ؟ قال مالك لا ترث ـ وإن لم يكن ثم غيرها ، فإنها لا ترث .

قال محمد بن رشد : لم يختلف قول مالك وأصحابه في أنه لا يرث من الجدات إلا جدتان ، أم الأم ـ وإن علت ، وأم الأب ـ وإن علت على ما روي عن زيد بن ثابت . قال مالك ولم نعلم أحداً ورث غير جدتين منذ كان الإسلام إلى اليوم ، فإن اجتمعا فالسدس بينهما ، إلا أن تكون التي من قبل

(٢٣) كلمة (اذا) ساقطة في الأصل .

(٢٤) في ت (أنهم يتوارثون) .

(٢٥) كلمة (كله) ساقطة في الأصل .

الأم أقرب(٢٦) . ومن أهل العلم ـ من غير المذهب ـ من يقول ان السدس للأقرب منهما ، ولا يكون السدس بينهما إلا إذا استوتا في القرب ؛ وروي عن ابن أبي أويس أنه قال : سألت مالكاً عن الجدتين اللتين ترثان ، والثالثة التي تطرح وأمهاتها؟ فقال اللتان ترثان: أم الأم وأم الأب وأمهاتهما ـ إذا لم تكونا . والثالثة التي تطرح: أم الجد أبي الأب وأمهاتهما ؛ قال ابن أبي أويس : وأما أم أبي الأم فلا ترث شيئاً ؛ وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ورث ثلاثة جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم(٢٧) ، وهو قول الأوزاعي ، وروى مثله عن زيد بن ثابت ، وروي عن ابن مسعود ، وابن عباس ـ أنهما ورثا الجدات الأربع : أم الأم ، وأم الأب ، وأمهاتهما ، وأم أبي الأب ، وأم أبي الأم ، وأمهاتهما ، وان علون . وروي عن ابن عباس أيضاً قول ثان : أن الجدة كالأم إذا لم تكن أمّاً، فترث على هذا الثلث ، وهو خلاف الاجماع ؛ فيشبه أن يكون الذي روى ذلك عن ابن عباس ، قاسه على قوله في الجد لما جعله أبا ؛ ظن أنه يجعل الجدة أمّاً ، والله أعلم ، وبه التوفيق .

ومن كتاب أوله باع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن الرجل يقول لغلامه هذا ابني ، والغلام معروف أنه سندي والرجل فارسي هل يصير حراً ؟ قال مالك ما يدعي من ذلك مما يستيقن الناس أنه ليس بابنه ولا ولده ، فهو غير لاحق به .

---

(٢٦) انظر الموطأ ص ٣٤٧ ـ طبع النفائس .

(٢٧) أخرجه الدارمي في سننه ج ٢ : ٢٥٩ ـ حديث (٢٩٣٨) ـ طبع دار المحاسن للطباعة ـ القاهرة ـ ١٣٨٦ ـ ١٩٦٦ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أنه إذا استلحق من لا يشبه أن يكون ابنه ، وتبين في استلحاقه إياه كذبه ، فلا يلحق به وإنما اختلف قول ابن القاسم إذا استلحق من يشبه أن يكون ابنه ولم يعلم ما يدعي من ملكه لأم المستلحق ، أو تزويجه إيلها ، فإن عرف ملكه لها إن كانت أمة ، أو تزويجه إياهـا إن كانت حرة وأتت به لما يشبه أن يكون منه ، ولم يحزه غيره بنسب ، لحق به باتفاق ؛ فوجه يلحق به باتفاق ، ووجه لا يلحق به باتفاق ، ووجه يختلف في إلحاقه به ، وإذا لم يلحق به في الموضع الذي يتفق أنه لا يلحق فيه لتبين كذبه فلا يعتق عليه ، إن كان عبداً له ؛ قال سحنون ؛ وإذا لم يلحق به في الموضع الذي يختلف فيها إلحاقه به على القول بأنه لا يلحق به ، فإنه يعتق عليه إن كان عبداً له ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال ابن القاسم في الرجل يقر فيقول هذا أخي ولا يعرف للمقر نسباً أصلاً ، أنه إن مات ورثه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أنه يرثه بإقراره له أنه أخوه ، يريد أنه إذا كان قد قال إن هذا أخي شقيقي أو لأب، ولم يعرف له نسب أصلاً، لأنه إذا عرف له نسب فقد تبين كذبه ، ومعنى ذلك إذا لم يكن له وارث معروف بنسب ولا ولاء على ما قاله في المدونة وغيرها ؛ وأما إن كان قال هذا أخي ولم يزد على ذلك ، ولا سئل عن بيان ما أراد حتى مات ، فلا يرث إلا السدس ، لاحتمال أن يريد أنه أخوه لأمه ، فيكون بمنزلة إذا قال هذا أخي لأمي ولا يثبت نسبه بإقراره له ، وإنما يرثه مراعاة لقول أهل العراق في قولهم إن الرجل إذا لم يكن له وارث ، فله أن يوصي بجميع ماله لمن أحب ، وليس (له)[٢٨] عند

---

(٢٨) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

مالك وجميع أصحابه أن يوصي بأكثر من الثلث ، وقد قيل إن الميراث لا يكون له إلا بعد يمينه أن ما أقر له به المتوفي حق ويقوم ذلك من كتاب الولاء والمواريث من المدونة ، والوجه في ذلك ، أنه أنزل إقراره به كشهادة له بالنسب ، فوجب أن يحلف معه ويستحق الميراث ، كالذي يدعي ميراث رجل قد مات ولا وارث له ، فيأتي بشاهد يشهد له بنسبه ، فإنه يحلف مع شاهده فيأخذ المال ولا يستحق النسب ؛ وهذا مذهب ابن القاسم ، ويحلف على هذا المقر له مع إقرار المقر به ـ وإن لم يكن عدلاً مراعاة لقول أهل العراق الذي ذكرناه ، وسحنون يرى بيت المال كالنسب القائم ، فلا يوجب للمقر له ميراثاً بإقرار المقر وإن لم يكن له وارث معروف ؛ هذا هو المنصوص عن سحنون ، وله في نوازله من هذا الكتاب خلاف ذلك ، مثل قول الجمَاعة ؛ ولا يجوز إقراره له[٢٩] بأنه وارثه ويرثه به إذا كان له وارث معروف بنسب أو ولاء ، إلا في خمسة مواضع ، وهي : أن يقر بولد ، أو بولد ولد ، أو بأب أو بجد ، أو بزوجة ـ إذا كان معها ولد أقر به أيضاً واستلحقه ، غير أن وجوهها تفترق ؛ فأما إذا أقر بولد فيلحق به نسبه في الموضع الذي ذكرناه في المسألة التي قبل هذه أنه يلحق به فيه باتفاق أو على اختلاف أقر الولد ، أو أنكر ؛ فإن شاء أخذ ميراثه ، وإن شاء تركه ؛ وأما إذا أقر بولد ولد فلا يلحق به إلا أن يقر به الولد ، فيكون هو مستلحقه ، أو يكون قد عرف أنه ولده فيكون إنما استلحق هو الولد ؛ وكذلك إذا أقر بأب لا يلحق به ويرثه ، إلا إذا أقر به الولد فيكون هو مستلحقه ؛ وأما إذا أقر بجد فلا يلحق به ؛ إلا أن يقر الجد بأبيه ، ويقر أبوه به ، فيكون كل واحد منهما قد استلحق ابنه ؛ وأما إذا أقر بزوجة لها ولد أقر به فاقراره بالولد يرفع التهمة في الزوج فترثه وإن لم تثبت الزوجية ولا عرفت ، وبالله التوفيق .

---

(٢٩) في الأصل (الاقرار له) .

من سماع اشهب وابن نافع من مالك
- رواية سحنون من كتاب الأقضية -

قال أشهب وابن نافع سألنا مالكاً أترى العمل على الحديث الذي جاء في القافة[٣٠] يؤخذ بقولهم اليوم ويصدقون ؟ قال أما فيما يلحق من الولد فنعم ، وأما بغايا الجاهلية فلا أرى أن يؤخذ بقولهم[٣١] ويصدقوا ، ولا يكون ذلك إلا في ولادة الجاهلية ، ولا أرى أن يؤخذ بقول قائف واحد ، وأرى أن يؤخذ بقول قائفين ، لا أرى أن يجزى في ذلك ، الا اثنان ، لأن الناس قد دُخِلوا ، وفي رواية محمد بن خالد عن ابن القاسم أن الغائب الواحد يؤخذ بقوله اذا كان عدلا .

قال محمد بن رشد : وقع في هذه المسألة اختلاف في الرواية ، ونص الرواية الواحدة سألنا مالكاً أترى العمل على الحديث الذي جاء في القافة يؤخذ بقولهم اليوم ويصدقون ، قال أما فيما يلحق من الولد فنعم ، وأما بغايا الجاهلية فلا أرى أن يؤخذ بقولهم ويصدقوا ، ولا يكون ذلك[٣٢] في ولادة الجاهلية . ونص الرواية الثانية سألنا مالكاً أترى العمل على الحديث الذي جاء في القافة يؤخذ بقولهم اليوم ويصدقون ؟ قال أما ما يلحق من الولد فنعم ، وأما يقايا الجاهلية فلا أرى ان يؤخذ بقولهم ويصدقوا ، ولا يكون ذلك في ولادة الجاهلية . وفي المسألة على كلا الروايتين اشكال يفتقر الى تخريج وبيان ،

---

(٣٠) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه ، وانظر عون المعبود على سنن أبي داود ٢/ ٢٤٨ .

(٣١) في الأصل (من قولهم) .

(٣٢) في ت (ذلك الا في ولادة) - بزيادة (إلا) .

أما الرواية الأولى فقوله فيها أما فيما يلحق من الولد فنعم - يريد أما فيما يلحق ولد الأمة يطؤها البائع والمشتري[٣٣] او الشريكان في طهر واحد فنعم . وقوله فيها وأما بغايا الجاهلية، فلا أرى أن يؤخذ بقولهم ويصدقوا - يريد أن الرجلين اذا ادعيا ولد بغي من زنى كان في شركهما لا يثبت نسبه لواحد منهما بالقافة . وقوله فيها ولا يكون ذلك[٣٤] في ولادة الجاهلية - يريد أي لا يسامح (لشيء)[٣٥] في ذلك بسبب استحلالهم للزنى ؛ وهذه الرواية تخرج على مذهب ابن الماجشون في قوله إنه لا يتوارث في الاسلام بولادة الشرك وإن ثبت النسب بالبينة[٣٦] على ظاهر قول عمر - رضي الله عنه: لا يتوارث في الاسلام بولادة الجاهلية . وأما الرواية الثانية فالوجه فيها أن السؤال انما كان[٣٧] عن العمل على الحديث الذي جاء في القافة في الموضع الذي جاء فيه عن عمر رضي الله عنه ، وهو في المتداعيين ولد امرأة من زنى كان منهما في الشرك بها فقال أ ما فيما يلحق من الولد - يريد بأحد المتداعيين فيه من الزنى في الشرك فنعم ، وقوله فيها وأما بغايا الجاهلية ، فلا يريد مثل البغايا اللواتي كن ينصبن أنفسهن في الجاهلية للزنى فيدخل عليهن العدد الكثير من الرجال وكان لهن رايات يعرفن بها ، فإذا استمر بإحداهن حمل جمع لها كل من دخل عليها فألحقت القافة ابنها بمن رأت أنه له منهم - شاء أو أبى ، فلم ير القافة في مثل هذا . وقوله بعد ذلك فيها : وأرى[٣٨] أن يؤخذ بقولهم ويصدقوا ، ولا يكون ذلك إلا في ولادة الجاهلية - يعود على أول المسألة في المتداعيين ولد امرأة من زنى كان في الشرك ، لا على مسألة البغايا التي

---

(٣٣) في الأصل (والشريكان) .

(٣٤) (ذلك الا في ولادة) - بزيادة (إلا) .

(٣٥) ما بين القوسين بياض في الأصل ، اثبتناه من ت ق ٣ .

(٣٦) كلمة (بالبينة) ساقطة في ت .

(٣٧) في الأصل (كان فيها عن العمل) - بزيادة (فيها) .

(٣٨) في ت (ولا أرى) - بزيادة (ولا) .

تليها ؛ فعلى هذا التأويل تستقيم هذه الرواية ، وانما التبست بما وقع فيها من التقديم والتأخير ؛ فلو قال فيها : إن فيما يلحق من الولد فنعم ، وأرى أن يؤخذ بقولهم ويصدقوا ولا يكون ذلك الا في ولادة الجاهلية : وأما[٣٩] البغايا فلا ، لارتفع الاشكال منها ، وكان معناها للذي حملناها عليه ، ووجهناها به[٤٠] ؛ ولا يحكم بقول القافة الا في أولاد الاماء دون الحرائر ، لأنهم لو نفوا الولد عن أبويه في الحرة ، لزمهم الحد ، ولا يلزمهم ذلك في الاماء . قاله ابن دحون ، وليس بتعليل صحيح ؛ لأن من زنا بأمة ان لم يجب عليه الحد ، يجب عليه الأدب ؛ وقد تكون الحرة قد ماتت وليس لها من يقوم بحدها فلا يلزم (من) قذفها شيء ، وانماتدعى القافة لتلحق الولد بأحد السيدين ، لا تنفيه عنهما جميعاً ؛ وقد روي عن مالك أن القافة تكون في أولاد الحرائر ، لأنها إنما تدعي لتلحق الولد بأحد الزوجين لا لتنفيه عنهما جميعاً ، ولو نفته عنهما جميعاً[٤١] بالشبه من غير تحقيق ، لما لزمها حد ، وانما لم تكن القافة في أولاد الحرائر على المشهور في المذهب لحرمة النكاح وقوة الفراش به[٤٢] ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش وللعاهر الحجر[٤٣] . فوجب لهذا الحديث أن يلحق الولد بصاحب الفراش الصحيح دون الفاسد . وأما قوله في آخر المسألة ولا أرى[٤٤] أن يؤخذ بقول قائف واحد إلى آخر قوله ، فقد مضى الكلام[٤٥] عليه في نوازل سحنون من كتاب الشهادات فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

---

(٣٩) في الأصل (واما في البغايا) ـ بزيادة (في) .

(٤٠) يشير ابن رشد في فاتحة الكتاب ـ إلى ان استشكال بعض الاصحاب لهذه المسألة ، مما دفعه إلى تأليف كتابه « البيان والتحصيل » انظر المقدمة ص (٢٦ ـ ٢٧) .

(٤١) كلمة (جميعاً) ساقطة في ت .

(٤٢) كلمة (به) ساقطة في ت .

(٤٣) أخرجه الستة .

(٤٤) في ت (ولا أرى له) ـ بزيادة (له) .

(٤٥) في ت ق ٣ (القول) .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم
من كتاب لم يدرك من صلاة الامام الا الجلوس

قال عيسى وقال ابن القاسم في القوم من أهل الحرب يسلمون جماعة ، فيستلحقون أولاداً من زنى . قال اذا كانوا أحراراً ولم يدعهم أحدهم لفراش فهم ولده ، ويلحق به الولد ؛ وقد الاط(٤٦) عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام ، الا أن يدعيه معه سيد الأمة ، أو زوج(٤٧) الحرة ؛ لأنه قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر . فإذا ادعاه معه سيد الأمة أو زوج الحرة ، فهو أحق به . قلت والنصارى يسلمون فيدعون أولاداً من زنى كانوا في نصرانيتهم ، فقال يلاطون بهم ، لأنهم يستحلون في دينهم الزنى وغيره . قلت فإن استلحق رجل منه ولد امة مسلم أو نصراني فقال(٤٨) إذا ألحقه به ، فإن أعتق يوماً ما كان ولده وورثه .

قال محمد بن رشد : قوله في أول(٤٩) هذه المسألة اذا كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراشه فهم ولده ، يدل على أنهم اذا كانوا عبيداً فلا يلحقون

---

(٤٦) هكذا في سائر النسخ ألاط) من الرباعي ـ وهو صريح عبارة ابن الأثير في النهاية ٤ : ٢٨٥) (ومنه حديث عمر انه كان يليط اولاد الجاهلية بآبائهم . . أي يلحقهم بهم ـ من ألاطه يليطه ـ إذا ألحقه به) .

وهو خلاف صنيع اللسان والتاج : (لاط القاضي فلاناً بفلان : الحقه به) ـ انظر (لاط) .

(٤٧) في الأصل (أو زوج ، أو زوج حرة) ـ بزيادة (او زوج) .

(٤٨) في ت (قال) .

(٤٩) كلمة (اول) ساقطة في الأصل .

به ، وإن لم يدعهم أحد لفراش ، وقد وقع مثل هذا في كتاب أمهات الأولاد من المدونة ، وهو خلاف قوله في آخر المسألة إذا ألحقه به فإن عتق يوماً ما كان ولده وورثه ، وهذا الذي قاله[٥٠] في آخر المسألة هو الصحيح ، اذ لا يمتنع أن يكون ابناً[٥١] للمقر به المستلحق له، وعبداً للذي هو بيده. وفي قوله اذا ألحقه به فإن عتق يوماً ما كان ولده وورثه ، تجاوز في اللفظ بتقديم وتأخير وقع في الكلام ، وحقيقته اذا ألحقه به، ويكون ولده ؛ فان عتق يوماً ما ورثه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وسألت ابن القاسم عن الرجل من المسلمين يدخل أرض الحرب فيقيم بها سنين ثم يخرج ومعه ذرية فيقول هؤلاء أولادي ، هل يجوز إقراره ؟ أم هل يتوارثون بذلك ؟ قال نعم ، اقراره جائز وهم يتوارثون به .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : انهم يلحقون به ، لأن ما ادعاه يشبه لخروجه بهم من دار الحرب ، وهو المشهور المعلوم من مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها ، ويأتي على ما حكاه ابن المواز عنه أنه لا يلحق به ، الا أن يعلم أنه تزوج أمة ، أو اشتراها ، وقد مضى القول على هذا محصلًا في سماع رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

---

(٥٠) في الأصل (قال) .

(٥١) في الأصل (ابناء) .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وعن رجل توفي وترك عم أبيه وجد أبيه ، من أولى بالميراث وولاء مواليه ؟ قال ابن القاسم جد الأب أولى بالميراث وولاء الموالي من عم الأب ، لأني سألت مالكاً عن العم والجد من أولى بالميراث ، فقال الجد أولى .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأن العم ولد الجد ، وعم الأب ابن جد الجد ؛ وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الولاء للكبر(٥٢) ـ يريد الاقرب فالأقرب ، وأقرب الناس الى الرجل بعد ولده ، أبوه ثم ولد الأب وهم الاخوة : الأقرب فالأقرب ، ثم جده ، ثم ولد جده ، وهم الأعمام : الأقرب فالأقرب أيضاً ؛ ثم ولد الجد ، ثم ولده ـ الأقرب فالأقرب أيضاً ؛ ثم جد الجد ،ثم ولده أيضاً ـ الأقرب فالأقرب؛ هكذا أبداً إلى ما يمكن أن يدرك الأسفل الأعلى ، ويستوي في هذا الولاء والميراث ، لأن الميراث فيه إنما هو بالتعصيب (ولا يرث بالتعصيب)(٥٣) ، الا الأقرب فالأقرب بمنزلة ميراث الولاء ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وعن رجل توفي وترك ابن أخيه وجد أبيه ، من أولى بميراثه ؟ قال ابن القاسم جد الأب أولى ـ وهو في مكان الجد ـ اذا لم يكن جد دنية ، وابن الأخ أولى من الجد بالولاء ، بخلاف المال .

---

(٥٢) أخرجه الدارمي من عدة طرق ـ موقوفاً ـ انظر السنن ج ٢ : ٢٧١ ـ حديث (٣٠٢٦) .

(٥٣) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأن جد الجد ـ وان علا ـ فهو(٥٤) بمنزلة الجد إذا لم يكن دونه جد،وقد قيل فيه إنه أب يحجب الإخوة كلهم في الميراث ، ومذهب مالك ـ رحمه الله ـ أنه يقاسم الاخوة اشقاء كانوا أو لأب ، ولا ينقصونه من الثلث شيئاً ـ ان كان الإخوة أكثر من اثنين ، فإن اجتمع معه أخ شقيق وإخوة(٥٥) لأب عادَّه الأخ الشقيق بالأخوة للأب ، فردوه(٥٦) بهم الى الثلث ، وكان للأخ الشقيق ما بقي ؛ لأنه أحق من الذين للأب ، فان كان مكانَ الأخ الشقيق أختٌ شقيقة ، كان للأخوة للأب ما فضل بعد حظ الأخت الشقيقة ، والجد في الميراث يحجب بني الأخوة كلهم ؛ واما في الولاء ، فهم أحق منه لأنهم بنو الأب ، وبنو الأب ـ وإن سفلوا ـ أقرب من الجد على ما ذكرناه في المسألة التي فوق هذه من ترتيب الأقرب فالأقرب من العصبة ؛ قال مالك ذلك كله على قياس ما ذكره في موطئه من ان معاوية ابن أبي سفيان كتب إلى زيد بن ثابت يسأله عن الجد ، فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الي تسألني عن الجد ـ والله أعلم ـ وذلك مما لم يقض فيه الا الأمراء ، يعني الخلفاء ، وقد حضرت الخليفتين قبلك يعطيان النصف مع الأخ الواحد ، والثلث مع الاثنين ؛ فإن كثر الأخوة لم ينقصوه من الثلث(٥٧) ـ والله أعلم ، وبه التوفيق .

ومن كتاب أوله(٥٨) يدير ماله فتحل زكاته

وسئل عن الذي يستلحق الولد ثم ينكره بعد استلحاقه إياه ـ

---

(٥٤) كلمة (فهو) ساقطة في الأصل .

(٥٥) في الأصل (او اخوة) .

(٥٦) في الأصل (فيردوه).

(٥٧) انظر ص ٣٤٤ ـ حديث (١٠٨٤) .

(٥٨) كلمة (اوله) ساقطة في الأصل .

ويموت الولد عن مال ، فلا يأخذه المستلحق ؛ قال يوقف ذلك المال ، فان مات هذا المستلحق ، صار المال لورثته وقضي به دينه ، وان قام عليه غرماؤه ، وهو حي ، اخذوا ذلك المال في ديونهم .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة يوقف ذلك المال الى آخر قوله ، كلام فيه نظر ؛ لأن انكار الولد بعد استلحاقه اياه انما لا يسقط نسبه منه إن مات قبله ، لأنه ان مات قبله اتهم في قطع نسبه فورثه الابن ؛ ثم ان مات الابن بعده ، كان ميراث الابن لعصبته من قبل أبيه المستلحق له ؛ ولو رجع في حياته الى استلحاقه ، صح له رجوعه وورثه ان مات ؛ وأما إن مات الابن المستلحَق قبله ، فالواجب أن يكون جميع ميراثه لجماعة المسلمين ، لأنه مقر أن هذا المال لهم، لا حقَّ له فيه معهم، وهم لا يكذبونه، فلا معنى لتوقيفه ؛ اذ لا يصح أن يقبل رجوعه فيه بعد موته برجوعه الى استلحاق ابنه ، لأنه قد ثبت لجماعة المسلمين بثبوته على انكاره الى أن مات ، فليس له أن يرجع فيه ؛ بخلاف من أقر لرجل بمال فأنكره المقر له به ، لأن هذا يجب توقيفه ليأخذه من رجع منهما أولاً الى تصديقه صاحبه[٥٩] كالرجل يقر للمرأة أنه قد دخل بها وهي تنكر، وما أشبه ذلك على اختلاف في هذا الأصل، فالذي يوجبه النظر في هذه المسألة الأحق في ميراث هذا[٦٠] الابن المستلحق إذا مات[٦١] المستلحق قبل أبيه ـ لورثة أبيه المنكر له بعد استلحاقه، ولا لأهل دينه، ولا لغرمائه ـ ان قاموا عليه ـ وهو حي ـ اذا كان انكاره الولد في حياته أو بعد وفاته ، الا أن يكون إنكاره اياه بعد وفاته وهو مفلس ، اذ لا يجوز اقراره بعد التفليس بما في يديه أنه لغير غرمائه ، وهذا بين كله ـ والحمد لله ؛ ووجه

---

(٥٩) في الأصل (تصديقه) ـ باسقاط (صاحبه) .

(٦٠) في الأصل (الولد) .

(٦١) جملة (اذا مات) ساقطة في ت .

هذا القول على ما فيه من الاعتراض ، أنه لما رجع عن اقراره به في حياته ، انهم على قطع نسبه الذي كان قد ثبت له بإقراره ، فأبطل رجوعه ولم يُجعل له تأثير ؛ والقياس أن يلزم رجوعه عن اقراره به اذا مات قبله ، فيصير ميراثه منه لبيت مال المسلمين ، ولا يكون لغرمائه فيه شيء ، وانما يجب أن يوقف ميراثه منه كما قال ، فيكون لورثته ـ ان مات ، ويقضي به دينه ، ويأخذه غرماؤه ان قاموا ، وهو حي ان كان أنكره بعد استلحاقه اياه ـ وله ولد ؛ لأنه اذا كان له ولد اتهم في قطع نسبه منه ، وان مات ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسألته عن العبد يكون له ولدان حران ، وأبو العبد[٦٢] حر ، فيموت أحد الولدين ، أيكون الميراث كله للجد ؟ أو يكون بينه وبين الأخ الباقي ؟ وعن قول مالك في موطئه الجد يجر الميراث أي ميراثه هو ، وقال ابن القاسم الميراث بين الجد والأخ[٦٣] نصفين ، وهذا مما لم تختلف فيه الأمة ، وهو وارث معه والجد أخ مع الأخ ، وانما تفسير قول مالك ان الجد يجر الميراث ، انما ذلك اذا كان وحده ولم يكن معه وارث غيره جر الميراث كله ولم يمنعه من حياة الأب ؛ لأن الأب العبد[٦٤] لا يحجب ، لأنه بمنزلة الميت والكافر .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه المسألة الميراث بين الأخ والجد بنصفين صحيح ، لا اختلاف فيه في المذهب على ما جاء عن

---

(٦٢) في ت (وأبوه) .

(٦٣) في ت (بين الأخ والجد) .

(٦٤) في ت (العبد الأب) .

عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . وقوله وهذا مما لم تختلف فيه الأمة يريد أنها لم تختلف في أن العبد لا يرث ما لم يعتق ، وأما ميراث الأخ أو الأخوة الأشقاء أو الذين للأب مع الجد ، فالاختلاف بين الأمة فيه كثير ، لا يمكن أن يغيب علمه عن ابن القاسم ، فممن[٦٥] جاء عنه أنه[٦٦] أنزل الجد مع الأخوة بمنزلة الأب ، وجعله أحق بجميع الميراث ، منهم : أبو بكر الصديق ، وابن عباس ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة أم المؤمنين ، ومعاذ بن جبل ، وأبي بن كعب ، وأبو الدرداء ، وأبو هريرة ، وابن الزبير ، وأبو موسى الأشعري ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والمزني من أصحاب الشافعي ؛ وقول جل أهل العلم يتنزل[٦٧] الجد منزلة الأب في عدم الأب ، كما يتنزل ابن الابن بمنزلة الابن في عدم الابن ؛ وقوله في الرواية بعد ذلك وهو وارث معه ـ يريد في مذهب مالك الذي يأخذ به ، وتفسيره لما سأل عنه مما ذكر أنه وقع في موطأ مالك من قوله الجد يجر الميراث[٦٨] أي ميراث هو صحيح لا اشكال فيه على ما حكاه من أنه وقع في موطئه ، ولم يقع في الموطأ على هذا النص ، وانما وقع فيه[٦٩] على نص فيه اشكال واختلال ، ونص ذلك : قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر ، أن الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الأحرار من امرأة حرة ، يرثهم[٧٠] ما دام أبوهم عبداً ، فإن عتق أبوهم رجع الولاء إلى مواليه ، وإن مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد ، وإن العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد جد الجد أبو الأب الولاء

(٦٥) في سائر النسخ (فمن) ، ولعل الصواب ما اثبته .

(٦٦) في الأصل (بأنه) .

(٦٧) في ت (ينزلون) .

(٦٨) في الأصل (المال) .

(٦٩) كلمة (فيه) ساقطة في الأصل .

(٧٠) في الأصل (ميراثهم) .

والميراث[٧١] ، هذا نص قوله في الموطأ فمعنى قوله فيه أن الجد أبا الجد يجر ولاء ولد ابنه الأحرار من امرأة حرة يرثهم[٧٢]، هو أن الجد كان معتقاً وأعتق أحد ولد العبد الأحرار عبداً ، فتوفي ـ ولا مواريث له الا مولى الجد المعتق ، فإن الجد يجر ولاء مولى حفيده المتوفي الى[٧٣] مولاه فيرثه ما دام ابنه عبداً ، فان أعتق جر الولاء الى مولاه وكان أحق به من مولى أبيه الجد ؛ ويحتمل أن يريد بقوله يجرُّ ولاء ولد ابنه الأحرار أي يجر ميراث ولد ابنه الأحرار الى مولاه الذي اعتقه ، فيكون أحق به ما دام أبوهم عبداً ، فإن أعتق[٧٤] أبوهم رجع الولاء الى الميراث الى مواليه ، كما قال ، وكانوا أحق به من مولى الجد ؛ وإنما قلنا ذلك ، لأن ولد العبد من امرأة حرة أحرار من أصلهم ، لا ولاء لأحد عليهم ؛ وأما قوله وأن العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد جر الجد أبو الأب الولاء والميراث ؛ فكلام مختل وقع على غير تحصيل ، والله أعلم ، جد الأخ الولاء وكان الميراث بينهما ، وكذلك وقع في رواية مطرف ، وانما قلنا انه الصواب ، من أجل أنه لا اختلاف في المذهب في أن الجد في الميراث مع الأخ بمنزلة أخ يكون الميراث بينهما بنصفين ، ولا في أن موالي الأخ أحق من موالي الجد ؛ ويحتمل أن يكون وجه قوله على اختلاله أنه ان مات أحدهما ، وأبوه عبد جر الجد الى نفسه نصف الميراث ، لأنه يكون بينه وبين الأخ ما دام الأب عبداً ، وأنه إن مات لأحد الابنين مولى ولا وارث له الا مولى الجد ، جر الجد ولاءه إلى مولاه ، فكان أحق به ـ ما دام ابنه عبداً لم يعتق ، فان عتق جر الولاء الى مولاه ، فكان أحق به من مولى الجد ، وبالله التوفيق .

---

(٧١) انظر الموطأ ص ٥٥٧ ـ حديث ١٤٧٨ .

(٧٢) في ت زيادة (ما دام) .

(٧٣) كلمة (إلى) ـ ساقطة في ت .

(٧٤) في الأصل (عتق) .

ومن كتاب العتق

وسألت ابن القاسم عن رجل هلك وترك ابنته وعصبته ، فقالت الابنة هذا أخي ؛ قال ابن القاسم قال مالك تدفع إليه ثلث ما في يديها .

قال محمد بن رشد : قوله تدفع إليه ثلث ما في يديها ، هو المعلوم من قول مالك المشهور من مذهبه أن الوارث إذا أقر بوارث لا يلزمه أن يدفع إليه إلا ما زاد نصيبه في الانكار على الإقرار ؛ فإن نقص[٧٥] نصيبه في الانكار ، أو لم يزد على نصيبه في الاقرار ، مثل أن تقر الزوجة بأخ وما أشبه ذلك ، وفي ذلك في المذهب اختلاف ، قيل ان من حق المقر له أن يرجع على المقر بما يجب له على المقر به ، وبنصف ما يجب له على المنكر له ، فإن أقر المنكر يوماً ما ، رجع كل واحد منهما بما بقي عليه من حقه حتى يستووا جميعاً في الميراث، فقال ذلك، يترك الميت ابنين فيقر أحدهما بأخ، فإن المال يكون بين الابنين الثابتي النسب بنصفين ، ثم يرجع المقر له على المقر في النصف الذي له فيشاركه فيه بالسواء ، لأنه يقول له أنت مقر لي أني أخوك ، فادفع إلي نصف ما بيدك ، فإن أقر المنكر بعد ذلك دفع من النصف الذي بيده إلى كل واحد منهما سدسه ، فيكمل لكل واحد منهما بذلك ثلث المال ، ويبقى بيده هو[٧٦] ثلثه أيضاً فيستوون جميعاً في الميراث ؛ وكذلك على قياس هذا القول لو توفيت امرأة عن زوج وأخت ، فأقر الزوج بأخ لرجع الأخ المقر به على الزوج الذي أقر به بثلث ما بيده ، فإن أقرت الأخت به يوماً ما رجع الزوج عليها بما رجع به الأخ عليه المقر به ، ورجع الأخ المقر به عليهما ببقية حقه ، مثال ذلك أن تترك المتوفاة ستين ديناراً فيأخذ الزوج ثلاثين والأخت ثلاثين

---

(٧٥) في الأصل (قال بغض) .

(٧٦) في ت (هو بيده) .

ديناراً ثم يرجع الأخ المقر به على الزوج الذي أقر به ، فيقول له الثلاثون التي أخذت لا تجب لك إلا من ستين ـ وأنت قد أقررت أني أخو المتوفاة ، فوجب لي على قولك من الستين عشرون ، فلا يجب لك إلا نصف الباقي (وذلك عشرون)[٧٧] لأن الأخت قد جحدتني العشرين ، فصارت بجحودها مستهلكة لها ، فإن أقرت الأخت به[٧٨] يوماً ما أخذ منها العشرين الواجبة له ، فرد منها على[٧٩] الزوج العشرة التي قبضت منه ؛ وأقل ما تنقسم منه هذه الفريضة على ما رتبه أهل الفرائض اثنا عشر ، وهذا مذهب ابن كنانة من أصحابنا ، لذلك قال على أصله هذا في مسألتنا أن الأخت تدفع إلى الأخ الذي أقرت به ثلثي ما بيدها ، لأنه يقول لها أنت مقرة إني أخوك فادفعي[٨٠] إلي ثلثي ما بيدك ، فإن أقر العصبة به على مذهبه ، أخذ منهـا النصف فأكمل[٨١] منه للأخت تمام الثلث ، وللأخ تمام الثلثين ، وهي تنقسم من ستة فيأخذ أولاً الأخ من النصف الذي صار للأخت اثنين ويبقى (بيدها)[٨٢] واحد ، فإذا أقر العصبة أخذت منهم الأخت واحداً والأخ اثنين ؛ ووجه هذا القول إن ما وجب للمقر به في حظ المنكر له في حكم المستهلك لإنكاره إياه ، وعلى قياس هذا الاختلاف يختلف في أحد الورثة يقر بدين على[٨٣] الميت ، فلا يلزمه على القول الأول من الدين الذي أقر به إلا ما ينوبه منه ؛ وعلى القول الثاني يأخذ المقر له بالدين جميع دينه من يد الذي أقر به كما إذا ثبت الدين ببينة وقد اقتسم الورثة تركة الميت وألفي في يد أحدهم ما قبض، وكان بقية الورثة قد قبضوا حقوقهم

---

(٧٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٧٨) في ت (بها) .

(٧٩) في ت ق ٣ (إلى) .

(٨٠) في الأصل (ادفعي) .

(٨١) في الأصل (أكمل) .

(٨٢) كلمة (بيدها) ساقطة في الأصل .

(٨٣) جملة (انت مقر بالدين) ـ ساقطة في ت .

واستهلكوها وهم عدماء ، لأنه يقول له إن أقر له بالدين : أنت مقر لي بالدين ، فلا يصح لك ميراث إلا بعد أداء الدين ، لقول الله عز وجل : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾(٨٤) ، وهذا القول هو الذي اختاره ابن حبيب وقال ان أصحاب مالك كلهم ينكرون قول مالك ؛ إذ لا ميراث لأحد إلا بعد وفاء(٨٥) الدين ؛ وأنكر أبو عمر الاشبيلي ما حكاه ابن حبيب عن أصحاب مالك وقال انه لا يعرف ذلك لأحد منهم ، فإن أقروا رجع المقر بالدين عليهم بما غرم منه زائداً على ما وجب عليه ، ويتخرج على هذا الاختلاف الذي وصفناه في أخت أقرت بابنة ثلاثة أقوال ، أحدها أن الابنة أحق بجميع حظ الأخت ، لأنها تقول لها أنا أحق منك على قولك بالنصف الذي بيدك ، لأني مبدأة عليك ، فحقك إنما هو الذي في يد العصبة . والثاني أن الأخت أحق بجميع ما بيدها ولا شيء للابنة المقر بها ، لأنها تقول لها إنما أقررت لك بالنصف الذي بيد العصبة . والثالث أن للبنت نصف ما بيد الأخت ، لأن قسمتها مع العصبة لا تجوز عليها ، فقد أقرت لها بنصف جميع المال على الاشاعة ، فتأخذ نصف النصف الواجب للأخت ، ويكون للأخت النصف الثاني ، وللعصبة نصف المال كاملاً ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألته عن رجل هلك وترك ثلاث بنات أو أربعاً فادعين أخاً ، قال ان كن أربعاً أو أكثر لم يرددن شيئاً ، وإن كن ثلاثاً كان لهن ثلاثة أخماس المال كله ، ورددن ما فضل في أيديهن إلى الذي ادعين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو على قياس قوله في

(٨٤) الآيتان : ١١ - ١٢ - من سورة النساء .

(٨٥) في ت ق ٣ (أداء) .

المسألة التي قبلها ، وعلى المشهور في المذهب ، ووجه العمل في ذلك أن ينظر من حيث تقوم فريضتهم وتنقسم عليهم على الاقرار وعلى الانكار ، فما ازداده المقرات في حال الانكار على[٨٦] الإقرار دفعنه إلى المقر به ، وهي تقوم وتنقسم على الاقرار والانكار إذا ترك الميت ثلاث بنات وعصبة ، فأقر البنات بأخ من خمسة عشر ـ ضرب فريضة الانكار ثلاثة في فريضة الاقرار ـ خمسة[٨٧] فيصير للبنات في حال الانكار الثلثان بعشرة ، وفي حال الاقرار ثلاثة الأخماس بتسعة ، فيأخذ المقر به ما بين التسعة والعشرة ـ وذلك واحد وهو ثلث الخمس ، ويبقى للعصبة الثلث وهـو[٨٨] خمسة ، فإن أقروا بالأخ يوماً ما دفعوا إليه الخمسة التي بأيديهم ، فاستوفى بذلك جميع حقه ـ وهو[٨٩] الخمسان وذلك ستة من خمسة عشر، وهي تقوم وتنقسم على الاقرار والإنكار إذا ترك الميت أربع بنات وعصبة من ستة ، ويصير للبنات في حال الاقرار الثلثان أربعة مثل ما يصير لهن في حال الانكار، فلا يلزمهن للأخ الذي أقررن به شيء ، وكذلك لو ترك الميت خمس بنات وعصبة ، لما وجب للمقر به على البنات شيء ، لأنه يحصل لهن في حال الاقرار أكثر مما يحصل لهن في حال الانكار ، فيتهمن في إقرارهن على العصبة ، وذلك أن الفـريضة تقـوم وتنقسم[٩٠] على الاقرار والانكار من واحد وعشرين ضرب[٩١] ثلاثة في سبعة ، فيصير للبنات في حال الاقرار خمسة عشر ، ويبقى للعصبة ستة ؛ وفي حال الانكار أربعة عشر ، ويبقى للعصبة سبعة ، ويدخل في هذه المسائل كلها الاختلاف الذي ذكرناه في المسألة التي قبلها ، فيجب على قول ابن كنانة من

---

(٨٦) جملة (الانكار على) ساقطة في الأصل .

(٨٧) في ت (خمسة عشر) .

(٨٨) في ت ق ٣ (وذلك) .

(٨٩) في الأصل (وذلك) .

(٩٠) كلمة (وتنقسم) ـ ساقطة في ت .

(٩١) في ت (من ضرب) .

أصحابنا ومن ذكرناه معه ـ إذا كان البنات ثلاثاً وعصبة فأقررن بأخ أن يكون للأخ مما بيد البنات ثلثه وذلك ستة من ثمانية عشر ـ وهي[٩٢] التسعان من سبعة وعشرين التي تنقسم الفريضة منها ، وذلك أن الأخ المقر به يقول لاخواته : الثلث الذي أقررن به لي قد[٩٣] جحدته العصبة ، فصارت بجحودها إياه[٩٤] مستهلكة له ، فلا يجب لكن الثلثان إلا من الباقي وذلك اثنا عشر وبأيديكن ثمانية عشر فادفعن إليّ الستة الفاضلة بأيديكن فيأخذها منهن، فإذا أقر العصبة (به)[٩٥] يوماً ما أخذ الأخ منهـا ثلاثة والبنات ستة بقية التسعة ، فاستوفى بذلك البنات الثلثين ، والأخ الثلث ، ويأتي على قوله إذا كان البنات أربعاً وعصبة ، فأقر البنات بأخ أن يكون للأخ مما بيد البنات ثلثه أيضاً ـ وذلك أربعـة مـن اثني عشر ـ وهي التسعان من ثمانية عشر التي تنقسم الفريضة منها ، وذلك أن الأخ المقر به يقول لاخواته ـ الثلث الذي أقررتن به لي[٩٦] قد جحدتني إياه العصبة فصارت بجحودها إياه مستهلكة له ، فلا يجب لكن الثلثان ، إلا من الباقي ـ وذلك ثمانية وبأيديكن اثنا عشر فادفعن إلي الأربعة الفاضلة بأيديكن ، فيأخذها منهن ، فإن أقرت العصبة به يوماً ما أخذ الأخ منها اثنين ، والبنات أربعة بقية الستة ، فاستوفى بذلك البنات الثلثين ، والأخ الثلث ، وكذلك على هذا القياس إذا كان البنات أكثر من أربع ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العرية

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يموت فيقسم ورثته ميراثه ،

---

(٩٢) في الأصل (وهو) .

(٩٣) في الأصل (وقد) .

(٩٤) في ص ق ٣ (له) .

(٩٥) كلمة (به) ساقطة في الأصل .

(٩٦) في ت ق ٣ (لي به) .

ثم يأتي رجل فيقيم البينة أنه ولده ويثبت نسبه ، ويعدم[٩٧] بعض الورثة ؛ قال ينظر إلى ما صار بيد كل وارث من حقه أن لو كان أولاً معهم فيتبع المعدم بما صار عليه ، والمليء بما صار عليه ، ولا يأخذ من المليء عن المعدم ، بمنزلة ما لو هلك رجل وترك أمه وأخاه ، فأخذت الأم الـثلث ، والأخ الثلثين ، ثم جاء رجل فاستحق أنه أخوه ، فأخذ من الأم السدس ، ومن الأخ الربع ، يتبع الأم بالسدس ـ مليئة كانت أو معدمة ، والأخ بالربع مليئاً كان أو معدماً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، أعلمه ، وكذلك حكم الغريم يطرأ على الغرماء ، والموصى له على الموصي لهم ، فإن[٩٨] وجد بأيديهم ما قبضوا قائماً لم يفت ، أخذ من كل واحد منهم ما يجب له ، ولم تنتقض القسمة إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً ، وإن كان حيواناً أو عروضاً ، انتقضت القسمة ، لما يدخل عليها من الضرر في تبعيض حقهم ، واختلف هل يضمن كل واحد منهما للطارىء ما ينوبه مما قبض إن قامت له بينة على تلفه من غير سببه أم لا عـلى قولين ، أحدهما أنه ضامن لذلك . والثاني أنه لا ضمان عليه فيه ، فإذا قلنا إنه ضامن مع (قيام)[٩٩] البينة ، فتلزمه القيمة يوم القبض بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق وما أشبه ذلك ، وإذا[١٠٠] قلنا إنه لا ضمان عليه مع قيام البينة ، فلا يضمن بالتفويت بالبيع والعتق والهبة والصدقة ، ولا يلزمه في البيع إلا حظ الطارىء من الثمن الذي قبض إن جاز البيع واختار أخذ الثمن ، ويصدق في دعوى التلف ـ إن لم تكن له بينة فيما لا يغاب عليه دون ما يغاب عليه ، وقد قيل إنه

---

(٩٧) في ت ق ٣ (وقد اعدم) .

(٩٨) في الأصل (وان) .

(٩٩) كلمة (قيام) ساقطة في الأصل .

(١٠٠) في الأصل (فإذا) .

في العتق[١٠١] ضامن دون ما سواه ـ وإن قامت البينة على تلفه وهو مذهب أصبغ ، وظاهر رواية يحيى عن ابن القاسم ، وذلك كله بخلاف الغريم يطرأ على الورثة ، أو على الموصى لهم بالثلث وعلى الورثة ، وبخلاف طرو الموصى له بعدد على الورثة بعد القسمة ؛ والحكم في ذلك يتشعب ، وقد تكلمنا على ذلك في غير هذا الكتاب ، واختلف في طرو الموصى له بجزء على الورثة ، فقيل إنه بمنزلة طرو الوارث على الورثة[١٠٢] ـ وقيل[١٠٣] انه بمنزلة طرو الغريم أو الموصى له بعدد على الورثة ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن امرأة ادعت أن رجلاً قد هلك كان أباها وأتت بالبينة أن ذلك الرجل كان مقراً في صحته أنها ابنته ، ولا يعلم الشهود أن أمها كانت امرأة ذلك الرجل ولا أمة له ـ وهم جيرانه ومعه في موضع واحد ، والرجل الذي كان مقراً بهذه الجارية أنها ابنته رجل حسن الحال ، غير متهم بالفسق ، وكيف إن كان من أهل التهم ؟ فقال لا ينظر في مثل هذا إلى حال الرجل المقر إذا كان يرى أنه إنما أقر بها من حلال ، فنسبها ثابت ، وميراثها منه واجب ـ وإن لم تعرف أمها في ملكه حرة ولا مملوكة ، إلا أن يقر بها على وجه يعرف الناس به[١٠٤] كذبه بالأمر الذي لا شك فيه ، فلا

(١٠١) في ت (العين) .
(١٠٢) في الأصل (الوارث) .
(١٠٣) في ص ق ٣ (وقد قيل) .
(١٠٤) كلمة (به) ساقطة في ت .

يقبل قوله ، أو يقر بها على سبب فسق ، فلا يثبت لها به نسب ، وسواء كان المقر صالحاً أو غير صالح ، الحكم فيهما سواء .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة قد مضى من القول عليها ما فيه كفاية في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ، فلا معنى لإعادته ، ويأتي في نوَازل أصبغ ما فيه زيادة على ذلك ـ إن شاء الله ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصلاة

وقال ابن القاسم في الرجل يموت وله ولد معروف ثابت النسب ، ثم يدعي رجل أنه ابن الهالك ويأتي بشاهد ، أنه لا يحلف مع شاهده ولا يستحق شيئاً من الميراث ، إلا بشاهدي عدل[١٠٥] يشهدان[١٠٦] على إثبات نسبه إذا أنكره أخوه ؛ فإن أقر له ، أعطاه نصف الميراث ، ولم يثبت له بإقرار الأخ نسب يوارثه به هو ولا غيره من قرابة الهالك، قال وكذلك المرأة تدعي أن الميت زوجها، أو يقوم معها من يدعي ميراث الميت ، فيأتي كل واحد منهم بشاهد ويريد أن يستحق ميراثه باليمين مع الشاهد ، إن ذلك لا يكون لواحد منهم إذا ادعوا ذلك وللميت وارث قد ثبت نسبه بالبينات ، وإنما يستحق الميراث باليمين مع الشاهد من جاء يطلبه وليس للميت وارث قد أثبت نسبه بالبينات، فإن من جاء يزعم أنه ولد[١٠٧] الميت ولم يأت إلا بشاهد واحد ولم يدع ميراثه أحد يحق نسبه بالبينة، حلف مع شاهده

---

(١٠٥) في الأصل (شاهدين عدلين) .

(١٠٦) في الأصل (شاهدان) .

(١٠٧) في ت (ولى) .

وأخذ ميراثه ، لأنه إنما يستحق[١٠٨] مالاً من الأموال ، ولا يثبت له بالذي استحق بيمينه مع شاهده ـ نسب يوارثه به أحد[١٠٩] من قرابة الميت ولا يجر به ولا أحد من مواليه ، قلت له أرأيت إن حلف مع شاهده ـ وللميت بنت ثابتة النسب بالبينة ؟ قال يستحق[١١٠] ما بعد النصف الذي ترث الابنة وإن كانتا اثنتين ، فإنما له الثلث الباقي ، قيل له فإن جاءت المرأة تزعم أنها امرأته ، فجاءت بشاهد وليس له وارث ثابت النسب بالبينة ، قال تحلف مع شاهدها وتأخذ ميراثها ، ولا يثبت لها بذلك نكاح ولا لولدها ، إن كانت حاملاً ـ نسب ، قيل له فالرجل يدعي ميراث رجل يزعم أنه مولاه ، فيأتي على ذلك بشاهد أيحلف مع شاهده ويستحق ميراثه ؛ قال : نعم ، ولا يثبت له بذلك ولاء موالي ذلك المولى ، وإن مات أحد منهم فأراد أخذ ميراثه ، كان عليه أن يأتي أيضاً بشاهد فيحلف معه أنه مولاه ، ثم يستحق ميراثه ، ولا يجزئه الشاهد الأول الذي كان حلف مع شهادته على الميراث الأول .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يحلف مع شاهده على استحقاق النكاح صحيح لا اختلاف فيه ، لأن اليمين مع الشاهد لا يكون عند مالك وأصحابه إلا في الأموال ، واختلفوا فيما جر إلى الأموال كالوكالة عليها وشبه ذلك ، وأما قوله إن الميراث يستحقه باليمين مع الشاهد من جاء يدعيه ولا وارث للميت معروف النسب ، فهو مثل قوله في المدونة ـ وزاد فيها بعد الاستيناء ، وقال أشهب لا يستحق الميراث باليمين مع الشاهد ـ وإن لم يكن للميت وارث معروف ، لأن الميراث لا يستحق إلا بعد ثبوت النسب ؛

---

(١٠٨) في الأصل (استحق) .

(١٠٩) كلمة (احد) ساقطة في ت .

(١١٠) في ت (فيستحق) .

وكذلك يختلف أيضاً إذا[١١١] ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول أو بعده ، وأتت على ذلك بشاهد واحد ، فقيل إنها تحلف مع شاهدها وتستحق نصف الصداق ـ إن لم يدخل بها ، وجميعه إن دخل بها ، وقيل إنه ليس لها أن تحلف في المهر ، إذ لا يستحق[١١٢] إلا بعد ثبات النكاح ، وأما إن ادعت عليه أنه تزوجها وطلقها قبل البناء أو بعده ، ولا بينة لها ، ففي كتاب ابن سحنون أنه لا يمين عليه ، وهذا عندي على القول بأنها لا تحلف مع شاهدها[١١٣] (وأما على القول بأنها تحلف مع شاهدها)[١١٤] فيجب لها عليه اليمين إذ [١١٥] لم تأت بشاهد ـ والله أعلم . ولو لم يترك الميت وارثاً فأتى رجل بشاهد أنه ابنه لا وارث له غيره ، وأتت امرأة بشاهد أنها زوجته ولم يقر به الابن بها ، لوجب على مذهب ابن القاسم أن يحلف كل واحد منهما معَ شاهده ويقسم المال بينهما على ثمانية أسهم ، للزوجة سهم ، وللابن سبعة أسهم لأن الزوجة قد سلمت للابن ثلاثة أرباع المال وتداعيا جميعاً في الربع ، فيقسم بينهما ، وعلى قول مالك يقسم بينهما على حساب عول الفرائض ، فيكون المال بينهما أخماساً ، للزوجة الخمس ، لأنها تدعي ربع المال ، وللابن أربعة أخماس ، لأنه يدعي أن له جميعه وذلك أربعة أمثال ما تدعي المرأة . ولو أقرت بالابن وأنكرها الابن ، لوجب أن يكون لها على مذهب ابن القاسم نصف ثمن المال ، وللابن ما بقي ، لأنها مقرة له بسبعة أثمان المال ويتداعيان في الثمن فيقسم بينهما ، وأن يقسم بينهما على تسعة أسْهم ـ على قول مالك[١١٦] ، وبالله التوفيق .

---

(١١١) في ت ق ٣ (ان) .

(١١٢) في ت (تستحق) .

(١١٣) في الأصل (شاهد لها) .

(١١٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل.

(١١٥) في ت (إذا) .

(١١٦) سقطت جملة (على قول) .

ومن كتاب المكاتب

وسئل ابن القاسم عن أهل العنوة أيتوارثون؟ فقال نعم ، هم في مواريثهم وأهل الصلح سواء ؛ قال وسألت عن ذلك أشهب فقال مثل قوله ، ثم قال لو لم يعتبر[١١٧] ذلك إلا بأهل مصر ، وأهل الشام قد غلبوا عنوة في زمن عمر بن الخطاب ، فلم يزالوا يتوارثون من زمانه إلى اليوم ؛ وانما حالهم حال الأحرار من أهل الذمة كالمصالحين ، غير أنهم حبسوا نظراً للعامة ولمن يجيء من الذرية يُقبض[١١٨] منهم جِزَاهم[١١٩] .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في سماع يحيى من كتاب التجارة إلى أرض الحرب ، وفي سماع عيسى من كتاب السلطان ، فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى أخبرني ابن القاسم أنه سمع من يثق به يخبر أن مالكاً قال يتوارث أبناء المغتصبة التوأم من قبل الأب ، قلت لابن القاسم فمن أين يجب الميراث بينهما ـ ونسبهما غير ثابت .

قال محمد بن رشد : قد مضى طرف من التكلم على هذه المسألة ونظائرها في رسم طلق من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب ، ومضى الكلام

(١١٧) في الأصل (يعرف) .

(١١٨) في ت (تقبض) ـ بالتاء .

(١١٩) جمع جزية : جزى ، جزي ، جزاء .

على ذلك مستوفى في أول سماع ابن القاسم من كتاب اللعان ، فأغنى ذلك عن إعادته ، وبالله التوفيق .

من سماع سحنون بن سعيد وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون قال ابن القاسم في المرأة تهلك عن زوجها وأمها ـ وأختها[١٢٠] فتدعي الأخت أخاً ويُصدقها الزوج وتنكر الأم ، أنها تقسم على الإقرار ثم الانكار فينظر إلى ما ازدادته الأخت في الانكار على الاقرار ، فيعزل ، ثم ينظر الى ما انتقصه الزوج من نصيبه في الاقرار فيضرب به ويضرب الأخ المدعي ما كان يصيبه في الاقرار في أصل الفريضة فيضربان جميعاً فيما ازدادته الأخت على نصيبها في الاقرار .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة في الاعتبار ، بينة في المعنى ، غير أن قوله فيها ينظر إلى ما انتقص الزوج من نصيبه في الإقرار ، وهم وكلام وقع على غير تحصيل ، وصوابه ينظر الى ما انتقص الزوج من نصيبه في الانكار ، لأن نصيبه انما ينتقص في الانكار من النصف الى ثلاثة الأثمان ، من أجل العول الذي يدخل الفريضة ؛ لأنها تعول بثلثها اذا عدم منها الأخ ، فيرجع الزوج من النصف الى الثلاثة الأثمان ، والأم من الثلث الى الربع ، والأخت من النصف الى ثلاثة الأثمان ، والأخ يسقط العول من الفريضة ، اذ لا فريضة معه للأخت ، وانما لهما جميعاً ما فضل بعد النصف الذي للزوج ، والسدس الذي للأم ـ وهو الثلث للذكر مثل حظ الانثيين ، فيصير له ثلثا الثلث ، وهو التسعان ، وإن شئت قلت الثمن وسبعة

(١٢٠) في الأصل (وزوجها) .

أتساع ويصير ثلث الثلث وهو التسع ، وإن شئت قلت ثمانية أتساع الثمن ، فيفضل على الاقرار من نصيبها الذي وجب لها على الانكار وهو ثلاثة الأثمان على ما ذكرناه ، ثمنان وتسع ثمن ؛ فالأخ يقول : لي من هذين الثمنين وتسع الثمن الذي برئت به أختي ، الثمن الواحد وسبعة اتساع الثمن ، ويقول الزوج بل لي أنا من ذلك الثمن الواحد ، لأنها باقرارها بك ، مقرة لي أني لم استوف حقي ، اذ لم أقبض نصف المال بسبب العول ، وانما قبضت ثلاثة أثمانه فيبقى لي الثمن ، فوجب أن يقسم هاذان الثمنان وتسع الثمن بينهما على قدر دعاويهما فيه ، يضرب الزوج فيه بالثمن، والأخ بالثمن وسبعة أتساع الثمن ؛ فقول ابن القاسم في هذه المسألة خلاف مذهبه المعلوم في المال بين الرجلين يدعي أحدهما جميعه والآخر نصفه : أن لمدعي الكل منه ثلاثة أرباعه ، ولمدعي النصف ربعه ؛ لأن مدعي النصف قد سلم النصف لمدعي الكل . ويتداعيان في النصف ، فيقسم بينهما ؛ مثل قول مالك أنه يقسم بينهما على حساب عول الفرائض ، لمدعي الكل ثلثاه ، ولمدعي النصف ثلثه ؛ لأن مدعي الكل يدعي مثلي[١٢١] ما يدعي مدعي النصف ، والفريضة تنقسم من اثنين وسبعين ، لأن وجه العمل فيها على ما رتبه أهل الفرائض أن[١٢٢] تقام الفريضة على الاقرار وعلى الانكار ، ثم تضرب احداهما في الأخرى ، أو فيما اتفق من أجزائهما[١٢٣] ، فما اجتمع من ذلك ، قسم على فريضة الانكار ، فما خرج من ذلك ضرب فيما بيد كل واحد منهم ، فيكون ذلك هو الواجب له في حال الانكار ؛ وقسم أيضاً على فريضة الاقرار فما خرج في ذلك ، ضرب أيضاً[١٢٤] فيما[١٢٥] بيد كل واحد منهم من الفريضة الأولى ، فيكون

---

(١٢١) في الأصل (ثلثي) .
(١٢٢) كلمة (ان) ساقطة في ت .
(١٢٣) في ص ق ٣ (أجزائها) .
(١٢٤) كلمة (ايضاً) ـ ساقطة في ت .
(١٢٥) في ص ق ٣ (ما) .

ذلك هو الواجب له في حال الإقرار ؛ والفريضة على الانكار من ثمانية ، لأنها تعول بالثلث من ستة إلى ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم اثنان ، وللأخت ثلاثة ؛ وعلى الاقرار من ثمانية عشر ، لأنها لا تنقسم من أقل ، للزوج تسعة ، وللأم ثلاثة ، وللأخت اثنان ، وللأخ أربعة ؛ وثمانية تتفق مع ثمانية عشر في الانصاف فتضرب احدى الفريضتين في نصف الأخرى فيكون جميع ذلك اثنين وسبعين . كما ذكرنا ، فيجب للزوج من ذلك في الاقرار النصف : ستة وثلاثون ، وفي الانكار ثلاثة الأثمان : سبعة وعشرون ، فازداد في الاقرار الثمن ـ وهو تسعة ، ويجب للأم من ذلك في الاقرار السدس اثنا عشر ، وفي الانكار الربع ـ ثمانية عشر ؛ لأنها رجعت بالعول من الثلث الى الربع ، ويجب للأخت من ذلك في الانكار ثلاثة الأثمان من أجل العول ـ وذلك سبعة وعشرون ، وفي الاقرار ثلث ما بقي بعد حظ الزوج وحظ الأم ـ وهو التسع ـ وذلك ثمانية ، فتبرأ[١٢٦] بتسعة عشر وذلك ما بين حظيها في الاقرار والانكار ، فيقول الزوج لي من هذه التسعة عشر التي برئت بها الأخت تسعة ، لأنها اذا أقرت بالأخ فقد أقرت لي أنه بقي لي من حقي تسعة ، فأنا[١٢٧] آخذها من تسعة عشر ، لأني مقر بالأخ كما أقرت به ؛ ويقول الأخ : لي من هذه التسعة عشر التي برئت بها الأخت ستة عشر الواجبة لي في الاقرار ، فأنا آخذها منها فوجب أن تقسم التسعة عشر بينهما على حساب عول الفرائض ؛ كما بين رجلين يدعي أحدهما منه تسعة أجزائه من تسعة عشر ، والثاني ستة عشر جزءاً منه من تسعة عشرة ، فيضرب فيها الزوج بتسعة ، والأخ بستة عشر ، فيجب منها للزوج ستة وأربعة أخماس وخمس خمس ، وللأخ المقر به اثنا عشر وأربعة أخماس خمس ، هذا على قول ابن القاسم في هذه المسألة وهو المشهور من مذهب مالك ؛ ويجب من التسعة عشر للزوج على قياس القول

---

(١٢٦) في ص ق ٣ (فتبدأ) .

(١٢٧) في ت (فإني) .

الثاني وهو المشهور من مذهب ابن القاسم ستة ، وللأخ ثلاثة عشر ؛ والوجه في ذلك ، أن الزوج يقول : لي من التسعة عشر تسعة ، فقد سلمت لك العشرة ، ويقول الأخ للزوج لي من التسعة عشر ـ ستة عشر ، فقد سلمْت لك الثلاثة ، فيأخذ كل واحد منهما ما سلم له صاحبه منها ، للزوج ثلاثة ، وللأخ عشرة ، ويبقى من التسعة عشر ستة ، يتداعيان فيها فتقسم بينهما بنصفين ، فان أقرت الأم يوماً ما بالأخ بـرئت اليه وإلى الزوج بما ازدادته في الإنكار على الاقرار ، وذلك ستة وهو نصف السدس ، فتقسم هذه الستة بينهما على قدر ما بقي من حقوقهما في كل واحد من القولين ، فيستوفي كل واحد منهم بذلك جميع حقه الواجب له على الاقرار ـ الزوج ستة وثلاثون ، والأم اثنا عشر ، والأخت ثمانية ، والأخ ستة عشر ، وبالله التوفيق .

ومن نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن رجل يسافر بامرأته فينزل على الرجل في قريته ومعه أم ولد له حامل[١٢٨] وامرأة ضيفة حامل ، فتضعان في ليلة فيختلط الصبيان ، فلا يعرف كل واحد منهما ولده ، يدعي كل واحد منهما صبياً منهما بعينه ، لأنهما قد اختلطا ولا يعرفان ، هل تدعى لهما القافة ؟ فقال نعم تدعى لهما القافة .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة فيدعي كل واحد منهما صبياً منهما يقول هذا ولدي ، ويقول الآخر هذا ولدي يريد الصبي الآخر ؛ مناقض لقوله في أول المسألة فلا يعرف كل واحد منهما ولده ، ولقوله في آخرها وكلاهما لا يدعي منهما[١٢٩] صبياً بعينه ، لأنهما قد اختلطا ولا يعرفان ؛

(١٢٨) كلمة (حامل) ـ ساقطة في الأصل .

(١٢٩) كلمة (منهما) ساقطة في ت .

ولا تخلو المسألة من ثلاثة أحوال، أحدها أن يدعي كل واحد منهما صبياً منهما بعينه غير الذي ادعاه صاحبه . والثاني أن يدعيا جميعاً واحداً منهما بعينه ، وينكر(١٣٠) كل واحد منهما الآخر وينفيه عن نفسه . والثالث ألّا يدعي واحد منهما أحدهما ، فيقول لا أدري أيهما ولدي ؟ فأما اذا ادعى كل واحد منهما واحداً منهما بعينه ونفي الآخر عن نفسه فالواجب أن يلحق بكل واحد منهما من(١٣١) ادعاه منهما ، فينبغي أن يحمل قوله في الرواية فيدعي كل واحد منهما صبياً منهما : يقول هذا ولدي ، ويقول الآخر هذا ولدي ؛ على أن معنى ذلك : فيقول كل واحد منهما لصبي منهما بعينه أنا آخذ هذا الصبي فأتبناه ويكون ابني، ولا أعلم إن كان ابني أم لا ؟ لأن إرادة كل واحد منهما(١٣٢) تبني كل واحد منهما من غير أن يعرف أنه(١٣٣) ابنه ودعاؤه إلى ذلك(١٣٤) لا معنى له ؛ والوجه في ذلك أن تدعى له القافة كما لو لم يدع إلى ذلك ولا إرادة ؛ وأما إذا ادعيا جميعاً واحداً منهما بعينه ، فقال هذا هو ابني ونفي الآخر عن نفسه ، فالواجب في ذلك عندي على أصولهم أن يدعى له القافة أيضاً ، إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر جميعاً عن أنفسهما وقد علم أنه ابن أحدهما ، والذي ادعياه جميعاً ليس أحدهما أولى به من صاحبه ، كالأمة بين الرجلين يطآنها جميعاً في طهر واحد ، فتأتي بولد فيدعيانه جميعاً ؛ وقد وقع لسحنون في أول نوازله من كتاب الشهادات مسألة من هذا النوع لم يقل فيها إنه(١٣٥) تدعى له القافة ، كما قال في هذه ؛ فمن الشيوخ من كان يحمل ذلك على(١٣٦) أنه

---

(١٣٠) في ت (او ينكر) .

(١٣١) في الأصل (ما) .

(١٣٢) كلمة (منهما) ساقطة في ت .

(١٣٣) كلمة (انه) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٣٤) في ص ق ٣ (لذلك) .

(١٣٥) في الأصل (انها) .

(١٣٦) كلمة (على) ساقطة في الأصل .

اختلاف من قوله ، ومنهم من كان يقول هذه تفسير لتلك ؛ ويجب على مذهبه أن تدعى له القافة في المسألتين جميعاً ؛ ومنهم من كان يفرق بين المسألتين بما ذكرته هناك ـ وهو أولى الأقوال عندي ، فلا اختلاف على المذهب في وجوب الحكم بالقافة في هذه المسألة ، ولا يقام منها الحكم بالقافة في أولاد الحرائر ـ وإن كان قد اختلف في ذلك ، لأن ما اعتل به في التفرقة بينهما ـ وهو قوة فراش أحد الزوجين ما ذكرناه في سماع أشهب ، معدوم في هذه المسألة ، اذ لا مزية لأحد الفراشين على الآخر لصمتهما جميعاً ، وبالله التوفيق .

مســألة

قيل له أرأيت لو أن صبياً ادعاه مسلم ونصراني ، فقال المسلم هو عبْدي ، وقال النصراني بل هو ولدي ؛ قال يقوم على النصراني النصف الذي يدعيه المسلم ويكون عتيقاً على النصراني ، لأنه حين أقر أنه ابنه ، فقد أقر أنه حـر ، وصارت الخصومة بين مسلم ونصراني ، قومناه على النصراني واعتقناه عليه .

قال محمد بن رشد : قوله إنه يقوم على النصراني النصف الذي يدعيه المسلم يريد بعد أيمانهما ، لأن معنى المسألة ، أنهما تداعيا فيه وهو بأيديهما جميعاً وليس بيد واحد منهما ، فان حلفا جميعاً ، أو نكلا جميعاً ، كان الحكم فيه عندي ما ذكر ؛ وإن نكل النصراني وحلف المسلم ، كان عبداً له وبطل دعوى النصراني فيه ؛ وان نكل المسلم وحلف النصراني ، كان ابناً له على ما ادعاه وحلف عليه ؛ ولو كان العبد بيد أحدهما ، لكان القول قوله مع يمينه فيما يدعيه من أنه عبده أو ابنه(١٣٧) ؛وليس قوله اذا حكم بالعبد بينهما على ما يدعيانه بأن نصف النصراني منه يكون حرّاً ، بمعارض للمسألة التي بعدها في قوله فيها : ولا يدخل عليه من عتقهم ما فيه مضرة على أخيه ؛

(١٣٧) في ت ق ٣ (او انه ابنه) .

والفرق بين المسألتين: أن هذه لم يتقدم اقراره بالملك فيها لشريكه قبل إقراره بما يوجب عليه العتق في نصيبه ، ولا علم ذلك ببينة ، وتلك تقدم إقراره فيها[١٣٨] بالملك لأخيه ، ولذلك لم يجز أن يعتق عليه حظه باقراره أنه ابنه ـ والله أعلم . وأما قوله انه يقوم على النصراني النصف الذي يدعيه المسلم ، فهي مثل قول أصبغ في نوازله من كتاب الشهادات في الرجلين يشتريان العبد ثم يشهد أحدهما على البائع أنه أعتقه ، أنه يعتق عليه حظه ويقوم عليه حظ شريكه ؛ خلاف قول سحنون في المسألة التي بعد هذا ، فأراد أن يخرج هذا حراً عن غيره[١٣٩] ، فلا يكون عليه ضمان، لأن ذلك بين أن الضمان لا يكون إلا على من أعتق عن نفسه ؛ وقول سحنون فيها[١٤٠] ولا يدخل عليه من عتقهم ما فيه مضرة على أخيه ، خلاف قول عبد العزيز بن أبي سلمة في أول سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ، وقول المغيرة في نوازل سحنون منه في أحد الورثة يشهد على الموروث أنه أعتق عبده ، أنه يعتق عليه حظه منه ، ولا يقوم عليه حظ اشراكه ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل سحنون عن رجل يهلك ويترك ولداً واحداً ، فيقول الولد لثلاثة من ولد خدم أبيه : هذا أخي ، لا[١٤٢] بل هذا أخي ، لا بل هذا ؛ وكان كل واحد منهما لأم ليس له منهم أخ شقيق ؛ قال الأول حر وقد أقر له بنصف الباقيين ونصف المال ، فلا أرى اقراره في هذين الباقيين بالذي يبطل حق المقر له الأول ، ولا يدخل عليه من عتقهم ما فيه مضرة على أخيه ؛ لأنه ليس بمعتق فيضمـن ، وإنما

---

(١٣٨) كلمة (فيها) ساقطة في ت .

(١٣٩) في الأصل (من عبده) وهو تحريف ظاهر .

(١٤٠) كلمة (فيها) ساقطة في الأصل .

(١٤٢) كلمة (لا) ساقطة في الأصل .

اغترى[١٤٣] ابطال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيمن أعتق شركاً له في مملوك[١٤٤] ، فأراد أن يخرج هذا حراً عن غيره ، فلا يكون عليه ضمان ، وليس من سنة المسلمين أن تجوز شهادة واحد في عتق ولا يلحق بذلك نسب المقر له الأول .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة إن الأول[١٤٥] حر وقد أقر له بنصف الباقيين (وبنصف المال)[١٤٦] صحيح لا إشكال فيه ولا اختلاف، وكذلك قوله بعد ذلك فلا أرى اقراره في هذين الباقيين بالذي يبطل حق المقر له الأول . وأما قوله ولا يدخل عليه من عتقهم ما فيه مضرة على أخيه لأنه ليس بمعتق فيضمن ، وانما اغترى أبطال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيمن أعتق شركاً له في مملوك، فأراد أن يخرج هذا حراء عن غيره ، فلا يكون عليه ضمان ، ففي ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها هذا أنه لا يعتق عليه حظه ولا يقوم عليه حظ أخيه للعلة التي ذكرها ، وهو قول مالك في المدونة وغيرها في أحد الورثة يقر[١٤٧] لعبد أن الذي ورثوه عنه أعتقه ، اذ لا فرق بينهما في المعنى ؛ إلا أنه يستحب له أن يبيع نصيبه منه فيجعله في عتق، فان اشتراه بعد ذلك (أو ملكه)[١٤٨] بوجه من الوجوه، أعتق عليه، لإقراره أنه حر. والثاني أنه يعتق عليه حظه ولا يقوم عليه حظ أخيه وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ، وقول المغيرة في نوازل سحنون منه والثالث أنه يعتق عليه نصيبه ويقوم عليه نصيب أخيه ، وهو قول أصبغ في

(١٤٣) اغترى الشيء : قصده .

(١٤٤) مرت الإشارة إلى تخريج الحديث .

(١٤٥) في الأصل (ان المقر له الأول) ـ بزيادة (المقر له) ـ وهو تحريف .

(١٤٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٤٧) في ت (يقول) .

(١٤٨) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

نوازله منه أيضاً قاله في الرجلين يشتريان العبد ثم يشهد أحدهما على البائع أنه أعتقه ، اذ لا فرق بين هذه المسائل كلها في المعنى ، ولكل قول منها وجه قد مضى بيانه في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ؛ ورأيت لابن دحون أنه قال (في هذه المسألة)[١٤٩] مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة فيها أن المقر به الثاني يعتق على المقر ويدفع إلى الذي أقر به أولاً نصف قيمته ، وكذلك المقر به آخراً ؛ ثم يلزم المقر أن يدفع الى الثاني نصف ما في يديه ، ثم يدفع الى الثالث نصف ما بقي في يديه أيضاً ؛ وذلك عندي كله[١٥٠] غير صحيح،لأن قول عبد العزيز بن أبي سلمة إنما هو ان يعتق عليه حظه منه،ولا يقوم عليه حظ أخيه؛وأما قوله وكذلك المقر به آخراً، يريد ان المقر به آخراً على مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة يعتق عليه أيضاً ويضمن نصف قيمته إلى كل واحد من الأول والثاني،لأن كل واحد منهما يقول له: قد أقررت لي أنني أخوك،وأن هذا العبد الذي أقررت به الآن، وجب أن يعتق عليك ، هو بيني وبينك ، وأما قوله ثم يدفع إلى الثاني نصف ما في يديه ـ يريد مما ورثه سوى العبد ، فهو قول سحنون بعد هذا فيما يشبه هذه المسألة ؛ والصحيح أن يدفع إليه النصف الثاني مثلما[١٥١] دفع الى الأول ، لأنه يقول له قد أقررت لي أني أنا أخوك الأول ، فادفع الي نصف المال ، وقد حكاه سحنون عن بعض أصحابه ؛ وكذلك قول ابن دحون ثم يدفع الى الثالث نصف ما بقي في يديه ، الصحيح فيه أن يدفع اليه أيضاً نصف المال ، مثل ما دفع الى الأول والى الثاني ؛ لأنه يقول له قد أقررت لي أني أنا أخوك دون الأول ودون الثاني ، وبالله التوفيق .

---

(١٤٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٥٠) في ت ق ٣ (كله عندي) .

(١٥١) في الأصل (كما) .

مسـألة[١٥٢]

قيل له[١٥٣] فإن كانوا كلهم لأم واحدة وأقر[١٥٤] لأكبرهم ، قال فإن الأول المقر له حر ، وأمه وأخواه الباقيان أحرار وما بقي من المال فللمقر له الأول نصفه ، لأنه لما أقربالولد، فكأنما أقر بأمه[١٥٥] أنها أم ولد لأبيه ولأخويه أنهما حران ، وليس للأخوين من الميراث شيء ، ولا يلحق واحد منهم بالنسب ؛ قيل له فلو أقر لأصغر ولدها ، فقال إذاً يكون حراً وتكون أمه حرة ، وكان[١٥٦] له نصف الباقيين وعتق عليه مصابته منهما ، وأرى أن يعتق على المقر المستلحق لأخيه نصف الباقيين ، لأن النصف الأول انما عتق بسببه وإقراره ، فلذلك أعتقت عليه ما صار له منهما ، كالرجل يعتق نصف عبده فيعتق عليه ما بقي منه .

قال محمد بن رشد[١٥٧] : هذا كله كما قال، وإنما قال؛ إذا أقر لأصغر ولده يعتق ، وكان له نصف الباقيين أنه يعتق عليه مصابته منهما من أجل أنهما إخوته لأمه ، فلا يصح له ملكهما ، وقد بين وجه الذي رأى به أن يعتق على المقر حظه منهما بما لا مزيد عليه ؛ ولو كان له فيهما شريك غيره ، مثل أن يكونا أخوين فأقر أحدهما لأصغر أولاد أمة أبيه أنه أخوه ، فيعتق على المقر له حظه منهما ، وهو الثلث منهما ؛ لعتق عليه أيضاً هو حظه منهما ، اذ لا ضرر على أخيه في ذلك اذ قد دخله العتق ؛ بخلاف اذا لم يدخله عتق، لا يعتق على

(١٥٢) لفظة (مسألة) ساقطة في الأصل .

(١٥٣) كلمة (له) ساقطة في ص ق ٣ .

(١٥٤) في الأصل (وقد أقر) .

(١٥٥) في ت (لأمه) .

(١٥٦) في الأصل (ويكون) .

(١٥٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

المقر حظه منه باقراره له بما سبب عتقه ، كما لا يعتق عليه حظه منه[١٥٨] باقراره أن غيره أعتقه ـ على ما مضى فوق هذا من قوله ، خلاف ما ذكرناه من مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة وأصبغ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له فلو أنه أقر لثلاثة أجنبيين ليسوا أولاد خدم أبيه ، فقال هذا أخي ، لا بل هذا أخي ، لا بل هذا أخي ؛ فقال يكون للأول المقر له نصف ما ورث عن أبيه ، ويكون للثاني نصف النصف الذي بقي في يديه ، فيصير له منه[١٥٩] الربع ، ويكون للثالث نصف الربع الذي بقي في يديه ، قال سحنون وقد قال فيها بعض أصحابنا إنه يغرم للثاني مثل[١٦٠] ما صار للأول ، ويغرم للثالث مثل ما صار للأول ؛ لأن كل واحد منهما يقول أنت ـ أتلفت علي مورثي .

قال محمد بن رشد : القول الذي حكاه سحنون عن بعض أصحابه ، أصح في النظر من قوله ، للعلة التي ذكرها من أنه قد أتلف على كل واحد منهما حقه بإقراره به لغيره ؛ وعلى هذا يأتي قول ابن القاسم في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في الذي يقر بالعبد لرجلين ، فيدعيه كل واحد منهما لنفسه خالصاً ، أن المقر يحلف أنـه[١٦١] ما يعرفه لأحدهما ـ خالصاً ؛ فان نكل عن اليمين ، حلف المقر لهما وأغرماه قيمة العبد ؛ وعلى قول سحنون في هذه المسألة لا يمين على المقر بالعبد لرجلين ؛ ووجه قول سحنون أنه إنما أقر له بما في يديه وبما في يدي

(١٥٨) عبارة (بإقراره له . . . حظه منه) ـ ساقطة في ت .

(١٥٩) كلمة (منه) ساقطة في الأصل .

(١٦٠) كلمة (مثل) ساقطة في الأصل .

(١٦١) كلمة (انه) ساقطة في ت .

الذي أقر له قبله ، فاشبه ذلك الوارث يقر بوارث ، فلا يلزمه أن يدفع اليه إلا ما يجب له مما بيده ، لأنه إنما أقر له بما في يديه وفي يدي غيره من الورثة ، وليس هو مثله ، إذ لم يتلف هو ما صار بيد غيره من الورثة ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل سحنون عن رجل له ثلاثة أعبد أخوة للأم أو مفترقين ، فقال السيد في مرضه : احد هؤلاء ابني ، فغفل عن ذلك حتى مات السيد الذي أقر بالابن، فقال إن كانوا لأم ، فالولد الأخير حر ، والذي يليه يعتق منه ثلثاه ، والذي يليه يعتق منه ثلثه ؛ ولا يثبت له نسب واحد من الولد ولا يرثه ؛ وان كانوا مفترقين ، فإن القول بيد الرسول، وأكثر الرواة أن محمل هذا عندهم،كرجل قال أحد عبيده حر ، وقال المخزومي يعتق من كل واحد ثلثه ، ويرق ثلثاه ؛ وقال آخرون يعتق واحد من الثلاث بالقرعة ، لأنه لما كان مجهولاً يعتق بحكم الوصية فقط ، وقد قيل انه يقرع بينهم وان كانوا لأم .

(قال محمد بن رشد)(١٦٢) : إنما قال إذا كانوا لأم أنه يعتق الأصغر ، ومن الأوسط ثلثاه ، ومن الأكبر ثلثه ؛ لأن الصغير حر على كل حال ، والأوسط يجب له العتق في حالين ، والرق في حال ، والكبير يجب له الرق في حالين ، والعتق في حال . وقوله وقد قيل إنه يقرع بينهم وان كانوا لأم ، إنما معناه أنه يقرع بين الأكبر والأوسط ، لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون أصابه العتق ، وأن يكون لم يصبه ؛ وأما الأصغر فهو حر على كل حال ، لا يصح أن يختلف فيه ؛ وان كان(١٦٣) ظاهر الرواية خلاف ذلك ،

---

(١٦٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٦٣) في الأصل (وهو ظاهر الرواية) .

فتأول على هذا وهو تأويل سائغ ، لأن الابنين[١٦٤] جماعة ، فيحتمل ان يصرف ضمير الجمع في قوله بينهم - إليهما دون الثالث ، ويأتي على ما قال بعد هذا في الذي قال عند موته : إن فلانة جاريته ولدت منه ، أن الأكبر والأوسط يعتقان جميعاً أيضاً من ناحية الشك ، إذ لا يصح للورثة تملك واحد منهما وهو لا يعلم أن كان عبداً أو حراً ، وهو أظهر - والله أعلم - من أن يقرع بينهما ، لأن القرعة لا ترفع الشك ، وهي في القياس غرر ، فلا ينبغي أن تستعمل الا حيث وردت في السنة ؛ ومن أن[١٦٥] يعتق من الأكبر ثلثه ، ومن الأوسط ثلثاه ؛ لأنا نحيط[١٦٦] علماً أن الميت لم يرد ذلك ، إذ لا يحتمله لفظه ، فهذا القول أضعف الأقوال ، ويتخرج في المسألة قول رابع وهو أن يكونا جميعاً عبدين ، لاحتمال أن يكون الميت لم يرد واحداً منهما وإنما أراد الأصغر ، فلا يعتق واحد منهما الا بيقين على القول بأن الشك لا يؤثر في اليقين . وقوله انه لا يثبت نسبه صحيح لا اختلاف فيه ، إذ لا يصح أن يحكم بثبوته لواحد منهم[١٦٧] بشك واما قوله إنه لا يرثه واحد منهم ، ففيه نظر ؛ والذي[١٦٨] يوجبه النظر في ذلك عندي أن يكون حظهم من الميراث بينهم على القول بأنهم يعتقون جميعاً على ما قاله بعد هذا في المسألة التي ذكرناها وهو الصحيح ، إذ قد صح الميراث لأحدهم ولا يدري لمن هو منهم ؛ فان تداعوا فيه فادعاه كل واحد منهم ، قسم بينهم بعد ايمانهم ، ان حلفوا جميعاً ، وكذلك إن نكلوا جميعاً ، وان حلف بعضهم ونكل بعضهم عن اليمين ، كان الميراث للحالف منهم دون الناكل ؛ وكذلك أن[١٦٩] لو قالوا لا علم لنا ، كان الميراث بينهم

---

(١٦٤) في ت (الاثنين) .

(١٦٥) في ت (ان) .

(١٦٦) في ت (لانا لا نحيط) - بزيادة (لا) .

(١٦٧) في ت (منهما) .

(١٦٨) في ت (من الذي) .

(١٦٩) في ت ق ٣ (ان قالوا) - باسقاط (لو) .

بعد أن يحلف كل واحد منهم انه لم يعلم من أراد الميت منهم على الاختلاف في لحوق يمين التهمة ، لأنها يمين التهمة في هذا الموضع ؛ وان اعتق بعضهم ، كان لمن اعتق حظه من الميراث ، ويوقف حظ من لم يعتق ؛ فان عتق أخذه ، وان مات قبل ان يعتق رد على الورثة؛ وأما إذا كانوا مفترقين، فهو بمنزلة إذا قال احد عبيدي حر ، ثم مات قبل أن يسئل أيهم أراد ، لأن معنى قوله في الرواية فغفل عن ذلك حتى مات ، أي غفل أن يسئل أيهم أراد انه ابنه حتى مات ، وفي ذلك ستة أقوال ، أحدها انه يقرع بينهم فما خرج السهم عليه منهم(١٧٠) عتق . والثاني ان العتق يجري فيهم فيعتق ثلث كل واحد منهم إن كانوا ثلاثة ، وربعه ان كانوا أربعة ، أو كانوا أكثر من ذلك على هذا القياس . والثالث أن الورثة ينزلون فيهم(١٧١) بمنزلة الميت يعتقون منهم(١٧٢) أيهم شاءوا . والرابع أنهم يعتق ثلثهم بالسهم ان كانوا ثلاثة، وربعهم بالسهم ان كانوا أربعة،وكذلك ان كانوا أقل أو أكثر . والخامس أن الورثة يخيرون إن اتفقوا ، فإن اختلفوا أقرع بينهم . والسادس أن الورثة يخيرون ، فإن اختلفوا جرى العتق في عددهم(١٧٣) ، والثلاثة الأقوال الأول لابن القاسم ، والرابع لمالك ، والخامس والسادس لسحنون ، وكلها في كتاب العتق من العتبية ، وفي المسألة قول سابع أنهم يعتقون كلهم من أجل الشك ، إذ لا يسوغ للورثة تملك واحد منهم ، لاحتمال أن يكون هو(١٧٤) الذي عنى الميت على ما ذكرناه ، ويؤيد هذا القول ما روي أن عبد الله بن عمر قال يفرق بالشك ، ولا يجمع بالشك ؛ ويتخرج في المسألة قول ثامن وهو أن يوقف الورثة عن جميعهم إلا أن يموت واحد منهم أو يعتقوه ، فلا

---

(١٧٠) كلمة (منهم) ساقطة في ت .

(١٧١) في ت (منهم) .

(١٧٢) كلمة (منهم) ساقطة في الأصل .

(١٧٣) في ت (الثلاثة) .

(١٧٤) في ت (هذا) .

يحكم عليهم في الباقين[١٧٥] بعتق، وإنما يؤمرون به ولا يجبرون عليه؛ وهذا على قياس القول بأن الشك لا يؤثر في اليقين ، ولا يثبت نسب واحد منهم ، ويكون الحكم في الميراث على قياس ما تقدم ، وبالله التوفيق .

(مســألة)

وسئل سحنون عن رجل مات وترك أمه وأخاه ، فقالت الأم لرجل هذا أخو ولدي الميت ، وأنكر الأخ الوارث أن يكون أخاه ، قال ترجع الأم إلى السدس ويكون للأخ الثلثان ، ويصير للمستلحق السدس الذي أقرت به المرأة ـ تمام الثلث ؛ ويقال للأخ أتقر بما (أقرت به)[١٧٦] المرأة أم الميت ؟ فإن أقر به ، كان له نصف ما في يدي المستلحق ، ويدخل معه المستلحق فيأخذ[١٧٧] نصف ما في يديه ، وإن أنكر وقال ليس أخي ، كان نصف السدس موقوفاً ، لا يأخذه أبداً إلا أن يقر أنه أخوه ؛ لأنه منكر وهو يدفع نصف السدس عن نفسه ، يقول ليس لي فيه حق ، فكيف أدفع إليه شيئاً هو مقر أنه ليس له فيه حق ؛ وكذلك الرجل يدخل على المرأة ويرخي عليها الستر فيطلقها الزوج ويقول قد وطئتها ، وتقول المرأة ما وطئني ، أنه يقال للمرأة قد أقر لك بجميع الصداق ، فإن أقررت بالوطء فخذي ، وإلا لم يكن لها إلا نصف الصداق ، لأنها تدفعه عن نفسها وتقول ليس لي إلا نصف الصداق ـ إذا لم تقر[١٧٨] بالوطء ، وقد أخطأ من قال إن للمستلحق نصف السدس ، والنصف للأخ الثابت ، وإن

(١٧٥) جملة (في الباقين) ساقطة في ت .

(١٧٦) في الأصل (قالت) .

(١٧٧) في ت (فيأخذ منه نصف) ـ بزيادة (منه) .

(١٧٨) في ت (تقر لي) ـ بزيادة (لي) .

أنكر أن المستلحق ليس أخاه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال، أحدها أن السـدس الذي برئت به الأم لإقرارها بالأخ يكون له، روي هذا القول عن مالك وعليه الجماعة من أصحابه، وهو قول جميع الفراض، وأظهر الأقوال، لأن المقر به يقول قد جحدني الأخ الثلث، فكيف يوقف لي شيء من السدس الذي برئت به الأم، وهو اختيار ابن المواز . والقول الثاني أن السدس الـذي بَرِئت به الأم يكون بين المستلحق والأخ الثابت النسب، قال أصبغ لأنه يقول ما برئت به الأم فأنا أحق به ، إذ لا وارث معي ؛ ويقول المستلحق بل هو لي فيقسم بينهما ، ووجه ثان أن الأم لم تحجب عن الثلث إلى السدس إلا لهما جميعاً ، فوجب أن يكون بينهما . والقول الثالث قول سحنون هذا[١٧٩] أن السدس الذي برئت به الأم يكون نصفه للأخ المستلحق ، والنصف الآخر موقوفاً لا يأخذه الأخ ، إلا أن يقر بما أقرت به الأم ، فيأخذه ويرفع نصف ما بيده ـ وهو أضعف الأقوال ؛ لأنه إذا كان لا يأخذ نصف السدس إلا أن يعطي أكثر منه ، فلا معنى لتوقيفـه ، ولا يشبه مسألة الصداق التي نظرها بها ، لأن المرأة أنكرت ما أقر لها به الزوج ، فوجب أن يكون لمن رجع منهما ـ أولاً إلى تصديق صاحبه ـ على قول سحنون في هذه المسألة ـ أنه يقال للمرأة قد أقر لك بجميع الصداق ، فإن أقرت بالوطء فخذيه ، وإلا لم يكن لك إلا نصف الصداق . وقوله هذا يبين ما لابن القاسم في (كتاب)[١٨٠] إرخاء الستور من المدونة ، (لأن له في كتاب الرهون)[١٨١] مثله ، وهو قول أشهب (في كتاب إرضاء الستور)[١٨٢] مَن المدونة ! ولسحنون بعد هذا في هذه النوازل ، خلاف قوله هذا إن لها أن تأخذ

---

(١٧٩) في ت (هو) .

(١٨٠) كلمة (كتاب) ـ ساقطة في الأصل .

(١٨١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٨٢) ما بين القوسين بياض في الأصل ، اثبتناه ، من ت ق ٣ .

ما أقر لها به ـ وإن كانت مقيمة على الانكار ، وقيل إنه لا يحكم لها بأخذ ما أقر لها به ـ وإن رجعت إلى قوله وصدقته ، إلا أن يشاء أن يدفع ذلك إليها ـ قاله ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب النكاح ومن[١٨٣] كتاب الدعوى والصلح ، ولا يدخل شيء من هذا في مسألتنا ، لأن الأخ لم ينكر إقرار الأم به ، ولو أنكر ذلك ، لكان الحكم فيه كالحكم في مسألة الصداق وما يشبههما[١٨٤] من المسائل لكون السدس الذي برئت به الأم موقوفاً يأخذه من رجع منهما ـ أولاً إلى تصديق[١٨٥] صاحبه ، ويدخل في ذلك الاختلاف الذي ذكرناه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل سحنون عن رجل قال مات أخي (فلان)[١٨٦] وترك ألف دينار ـ وهو أخوك أيضاً . قال الألف بينهما بنصفين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب إذ لا وارث (له)[١٨٧] غير الذي أقر به ، والمخالف في ذلك الشافعي يقول لا يلزمه أن يعطيه شيئاً بحُكم ، إذ لم يثبت النسب بقوله ـ وهو بعيد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قيل له : فلو أن رجلاً مات وترك ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر ، فقال يكون للمقر له في سهم المقر ما كان يصير له في سهمه ، قيل له : فإن مات المقر له ، فقال يرثانه جميعاً : المقر به

---

(١٨٣) في الأصل (من) وهو تحريف ظاهر .

(١٨٤) في الأصل (اشبهها) .

(١٨٥) كلمة (تصديق) ساقطة في ت .

(١٨٦) كلمة (فلان) ساقطة في الأصل .

والمنكر له [١٨٧] وهو بمنزلة رجل قال أخي مات (وترك ألف دينار)[١٨٨] . وهو أخوك أيضاً أن الألف دينار بينهما ؛ قيل له فإن مات المقر ، فهل يرثانه جميعاً المقر له والمنكر (له)[١٨٩] فقال لا يرثه المقر له ، وإنما يرثه أخوه ومن كان من نسبه ، وهو بمنزلة رجل كان لرجل عليه بينة أنه أعتقه ـ وأقر لرجل أنه أخوه ، فإنه إن مات ورثه مولاه الذي عليه بينة ، ولا يرثه الذي أقر وإن مات ولا نسب له[١٩٠] ورثه المقر له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة تشتمل على أربع مسائل ، وقوله في أول مسألة منها يكون للمقر له في سهم المقر ما كان يصير له في سهمه ، هو المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى ما في ذلك من الاختلاف ، وتحصيل القول فيه ، فلا معنى لإعادته . وقوله في المسألة الثانية قيل فإن مات المقر له قال : يرثانه جميعاً المقر به والمنكر له ، يرد قوله في المسألة التي قبل هذا في الصداق أن المرأة لا تأخذ جميعه إلا أن تقر بما أقر به الزوج من الوطء ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك ، فلا معنى لإعادته . وقوله وهو بمنزلة رجل قال مات أخي وترك ألف دينار وهو أخوك أيضاً[١٩١] أن الألف بينهما ، تنظير غير صحيح ، لأن الألف لا تكون بينهما إلا أن يقر بأنه أخوه ؛ وأما إن أنكر[١٩٢] فهي مسألتنا بعينها ، فلا وجه للاحتجاج بها عليها . وقوله في المسألة الثالثة : قيل له فإن

---

(١٨٧) لفظة (له) ساقطة في الأصل .

(١٨٨) ما بين القوسين بياض في الأصل ، اثبتناه من ت ق ٣ .

(١٨٩) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(١٩٠) كلمة (له) ساقطة في ت .

(١٩١) كلمة (أيضاً) ساقطة في ت .

(١٩٢) في ت (ينكر) .

مات المقر ، فهل يرثانه جميعاً المقر له والمنكر له ، قال لا يرثه المقر له وإنما يرثه أخوه ومن كان من نسبه ، صحيح لا اختلاف فيه ، لأن نسب المقر به لا يثبت بإقرار المقر به(١٩٣) ، إلا أن يكون الذي أقر به(١٩٤) رجلين عدلين ، فلا يرث المقر به بإقراره به(١٩٥) بإجماع ، وقوله وهو بمنزلة رجل كان لرجل عليه بينة أنه أعتقه وأقر لرجل أنه أخوه وأنه إن مات ورثه مولاه الذي عليه البينة ، ولا يرثه الذي أقر ، تنظير غير صحيح ، لأنها هي المسألة بعينها ، فلا معنى للاحتجاج بها عليها . وقوله في المسألة الرابعة وإن ملت ولا نسب له ورثه المقر له ، خلاف المشهور من مذهبه في أن بيت المال مثل النسب القائم ، فلا يرث المقر به المقر وإن لم يكن له وارث معروف النسب ، مثل قول الجماعة أن المقر به يرث المقر إذا لم يكن له وارث معروف بنسب ولا ولاء ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال سحنون في ابن الملاعنة يهلك ويترك ابنة وعصبة ، ثم يستلحق الأب ابنة الميت ، قال تلحق الابنة بجدها ويرجع الجد على العصبة بالنصف الذي أخذوا من ميراث ولده .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن استلحاقه لابنة الميت الذي لاعن به استلحاق منه لابنته ، فهي تلحق بجدها ، وهو مثل ما في المدونة من أن الملاعن له أن يستلحق ولده الذي لاعن به بعد أن مات ، ولا يتهم على أنه إنما استلحقه ليرثه إذا كان له ولد ، فكما لا يتهم مع الولد وإن كان يرث معه السدس ، فكذلك لا يتهم مع الابنة وإن كان يرث معها

---

(١٩٣) كلمة (به) ساقطة في ت .

(١٩٤) في الأصل (المقر له) .

(١٩٥) كلمة (به) ساقطة في ت .

النصف ؛ إذ قد يكون مال الذي ترك الولد الذكر كثيراً ، فيكون السدس منه أكثر من نصف مال الذي ترك الابنة ، وكذلك لو ترك الولد الذي لاعن به أو الابنة التي لاعن بها ولد ولد وإن سفل فاستلحقه ، بأن يقول والد هذا ولدي وأنا جده ، أو استلحق ولده الذي لاعن به ، أو ابنته التي لاعن بها ، لأن استلحاقه لولده استلحاق لولد ولده ، واستلحاقه لولد ولده على الوجه التي ذكرت لك استلحاق لولده ، وليس له أن يلحق بولده ولداً هو له منكر ؛ وإذا استلحق واحداً منهما ، حد على كل حال ، وقيل إنما يحد إذا كان لعانه على نفي الحمل ، وأما إذا كان لعانه على الرؤية أو على نفي الولد[١٩٦] أو على نفي الولد مع الرؤية فلا حد عليه ، لأن لعان الرؤية باق وإن استلحق الولد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قيل أرأيت رجلاً أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه ، وأن ابنتها فلانة ابنتي وللأمة ابنتان سوى التي أقر بها ، فمات ونسيت البينة اسمها ـ (ولم يجحد الورثة ذلك ، فقال : إذا أقرت الورثة بذلك ـ ولم ينكروه ، فهن كلهن أحرار ولهن الميراث ـ ميراث واحدة من البنات ، يقسم بينهن ـ ولا يلحق به نسب واحدة منهن ، قيل له : فإن لم يقر بذلك الورثة ولا نسيت البينة اسمها)[١٩٧] قال فلا عتق لواحدة منهن حين لم تعلم البينة أيتهن هي .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه إذا أقر لورثته بما شهدت به البينة ، كان ذلك بمنزلة إذا شهدت البينة أنه قال إحدى هؤلاء الثلاث ابنتي

---

(١٩٦) في الأصل تكرار (او على نفي الولد) .

(١٩٧) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطرين ـ ساقط في الأصل .

- ولم يسمها لهم ، فالشهادة جائزة باتفاق . وقوله في هذه المسألة إنهن[١٩٨] يعتقن كلهن ، خلاف قوله قبل هذا في هذه النوازل في الذي قال في مرضه في عبيد له ثلاثة : أحد هؤلاء ابني ولم يسأل أيهمُ أراد[١٩٩] حتى مات ؛ وقد مضى القول على ذلك مستوفى ، فلا معنى لإعادته ، وأما إذا جحدوا ، فقوله إنه لا عتق لواحدة منهن حين تعلم البينة ايتهن هي ، هو المشهور في المذهب : أن الشهادة باطلة إذا كان الميت قد سماها لهم ، أو عينها فنسي الشهود اسمها ، أو[٢٠٠] لم يثبتوا عينها ، وشكوا في ذلك ، وقد قيل إن الشهادة جائزة ، ويكون الحكم في ذلك بمنزلة إذا لم يسمها لهم ولا عينها ، وهو قوله في أصل الأسدية في مسألة كتاب الإيمان بالطلاق ، لأنه وقع فيها فشك الشهود ولم يعلموا أيتهن المطلقة التي قد دخل بها ، أو التي لم يدخل بها ، وقد فرق في ذلك بين أن تكون الشهادة في الصحة أو في المرض ؛ فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها أن الشهادة جائزة في الصحة والمرض ، والثاني أنها لا تجوز في الصحة ولا في المرض . والثالث أنها تجوز في المرض ولا تجوز في الصحة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل سحنون عن الرجل تكون له المرأة ويكون له ولد ، فتزعم المرأة أن الغلام ولدها من زوج غيره ، ويزعم هو أن الغلام ابنه من امرأة غيرها ! فقال أرى - والله أعلم - أن يلحق الغلام بالزوج ، ويكون القول قوله ، ولا يقبل قول المرأة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه

---

(١٩٨) في ت (انه) .

(١٩٩) في الأصل (أيهما مات) - باسقاط (أراد حتى) .

(٢٠٠) في ت (ولم) .

ـ أعلمه ـ أن المرأة لا يجوز لها استلحاق ولدها ، بخلاف الأب ، لأن الولد إنما ينتسب إلى أبيه لا إلى أمه ، والأصل في ذلك قول الله عز وجل ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ إلى قوله ﴿ ومواليكم ﴾[٢٠١] ، ولولا ما أحكم الشرع من هذا ، لكان نسبة الرجل إلى أمه أولى من نسبته إلى أبيه ، لأنها أخص به من أبيه ، لأنهما اشتركا بالماء ، واختصت هي بالحمل والوضع دونه ، وهذا أصل في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر ، لا لصاحب الأرض ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال سحنون في الرجل ينتفي من ولده بلعان أمه ، فيولد لولده ذلك ولد ، ثم يولد لولد الولد ابنة ، ثم يستلحقها الجد ؛ ان استلحاقه جائز ، وذلك إذا كان قد عرف نسب من استلحق ، لأن استلحاقه لولد ولده ، استلحاق لابنه ، ويرث بذلك ولاء الموالي .

قال محمد بن رشد : قد تقدم القول قبل هذا على هذه المسألة مستوفى ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مســـألة

وسئل سحنون عن مجوسي تزوج ابنته فولد له[٢٠٢] منها ولدان ، فأسلمت الأم والولدان ، ثم مات أحد الولدين ، فإن للأم السدس ، وذلك لأن الميت ترك أمه ـ وهي أخته وأخاه ، فأعطيت الأم السدس ، لأنها تعد مكان أخت ، فهي تقاص نفسها بنفسها ، فمن ثم أعطيت[٢٠٣] السدس .

---

(٢٠١) الآية : ٥ من سورة الأحزاب .

(٢٠٢) كلمة (له) ساقطة في ت .

(٢٠٣) في ت (اخذت) .

قال محمد بن رشد : قوله وأسلمت الأم والولد، ثم مات أحد الولدين ـ يريد ولم يسلم الأب، أو بعد أن مات، لأنه لو مات أحد الولدين، والأب حي قد أسلم ـ لكان الميراث له ، لأن الأب يحجب الأخوة كلهم ؛ ولو مات الأب وقد أسلم ، لكان الميراث بين ابنيه وابنته أمهما ـ أخماساً ؛ وقد اختلف اذا مات أحد الولدين والأب على مجوسيته ، أو بعد أن مات ؛ فقال سحنون في هذه الرواية للأم السدس ، لأنها أم وأخت ؛ فكان الميت قد ترك أماً وأختاً وأخاً ، فرأى لها السدس لأنها حجبت نفسها عن الثلث الى السدس ، وأهل الفرائض يعطون في هذه الفريضة للأم الثلث ـ وهو أظهر ، لأنها إنما ورثت على أنها أم ، ولم تورث[٢٠٤] على أنها أخت وأم ، فالغي كونهما أختاً مع كونها أماً ، ويلزم سحنون على قياس قوله إذا لم يلغ كونها أختاً مع كونها أماً ، حجبها نفسها عن الثلث الى السدس ـ أن يورثها على أنها أخت ، وعلى أنها أم ، فيعطيها السدس من أجل أنها أم ، ويعطيها الثلث مع الأخ من أجل إنها أخت ـ وهذا مما لم يقولوه أنها تورث من وجهين ، وإنما الذي قالوه إنها تورث بالأقوى سبباً ، وإن كان حظها به أقل على ما قاله سحنون في هذه المسألة ؛ وأما على ما قاله أهل الفرائض فيها فيستوي حظها على أنها أم ، وعلى أنها أخت ؛ لأن للأم مع الأخ الواحد الثلث ، وللأخت معه الثلث أيضاً ؛ ولو كان المجوسي لما تزوج ابنته ولد له منها ابن ، ثم مات الابن بعد الأب ، أو قبل أن يسلم ـ فترك أمه وهي أخته أيضاً ، لورثت الثلث على أنها أم ، ولم تورث[٢٠٤] النصف على أنها أخت ـ وإن كان حظها على أنها أخت أكثر ، لأنه إنما يراعى قوة سببها لا كثرة حظها، والأم أقوى سبباً من الأخت ؛ لأنها ترث مع الأب والابن ، ولا ترث الأخت مع واحد منهما شيئاً ، وبالله التوفيق .

---

(٢٠٤) في ت (ترث) .

مسألـــة

وسئل سحنون عمن باع أمة وابناً لها قد كانت ولدته عنده فأقام في يدي المشتري ، ثم ادعى البائع أنه ابنه ؛ قال إن كان حين ولد عنده لم يكن له نسب معروف ، فإن القول قوله ، وينفسخ البيع بينهما ، ويلحق به النسب ، وتكون به أم ولد ؛ قلت أرأيت ان أقام في يديه[٢٠٥] حتى ولد له في يد المشتري ، ثم جني عليه جناية خطأ فمات ، فادعاه البائع ؛ قال فالقول قوله اذا كان له ولد ، لأنه يلحق به النسب ، ولا يتهم أن يكون إنما رجا أن يجر[٢٠٦] المال الى نفسه ؛ ألا ترى لو أن رجلاً لاعـن امرأته ولها ولد ، ثم ولد لذلك الولد ولد، ثم جني على ابن الملاعنة ، فادعى أنه ابنه ؛ أنه يلحق به النسب ، ويثبت له الميراث ، ولا يتهم أن يكون انما أراد أن يجـرّ الى نفسه الميراث ، وانما يتهم إن لم يكن له ولد ، لأنه اذا لم يكن له ولد ، فانما أراد أن يجرَّ الميراث الى نفسه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أنه لا يتهم في استلحاق الولد اذا كان له ولد وان كان قد جني عليه جناية (فمات منها)[٢٠٧] يجب له باستلحاقه حظه من ديته ، إن كان ابنه حراً ، أو جميع الدية إن كان عبداً، لأن استلحاقه لولده بعد موته ، استلحاق لولد ولده ، واستلحاق النسب يرفع التهمة في الميراث على ما قاله في استلحاق الولد الذي لاعن به بعد أن جني عليه جناية مات منها ، لأن استلحاق ولد الولد يرفع التهمة عنه في ميراث ولده إن كان له مال ، وفي ديته إن كان قتل خطأ أو عمداً على القول بأنه مخير[٢٠٨] في العمد

---

(٢٠٥) في الأصل (بيديه) .

(٢٠٦) في الأصل (يجوز) .

(٢٠٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٠٨) في ت (يخير) .

بين أن يقتل أو يأخذ الدية ؛ وقد مضى قبل هذا في هذه النوازل في استلحاق الملاعن ولده بعد موته ما فيه بيان هذه المسألة ؛ وأما إذا استلحق الولد الذي باع مع أمه وقد كان ولد عنده ولم يكن له نسب وهو حي ، فلا اختلف في أنه يلحق به ، ويفسخ البيع فيه ؛ ويرد اليه ولداً وأمه أم ولد - وإن كان الولد قد أعتق وينتقض العتق ، وقيل إنه لا ينتقض ، الا أن يتهم في الجارية . بميل اليها ، أو زيادة في حالها ، أو يكون معدماً ؛ فيمضي بما ينوبها من الثمن ، ويرد الابن بما ينوبه منه ، ويتبع به دينار في ذمته إن لم يكن له مال ؛ وقيل إنها ترد مع ابنها وان اتهم فيها ، إلا ان يكون معدماً ؛ وقيل انها ترد مع ابنها ، وإن كان معدماً ، ويتبع بالثمن ديناً في ذمته ، إلا أن يتهم فيها ؛ وكذلك إن باعها وهي حامل فولدت عند المشتري إلى ما يلحق في مثله الانساب ، ولم يطأ المشتري ولا زوج ؛ وإذا رد الولد دون الأم لاتهامه فيه ، او لعدمه على الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك ، فيكون على البائع في الولد قيمته يوم يرد إليه(٢٠٩) ، وقد مضى القول على هذا مستوفي في سماع يحيى من كتاب الاستبراء ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل سحنون عن رجل قال في ثلاثة أولاد من أمته : أحدهم ولدي قال الصغير منهم حر على كل حال ، لأنه إن كان المستلحق الكبير ، فالأوسط والصغير حران ، بحرية أمهم وإن كان الأوسط ، فالصغير حر أيضاً ؛ وإن كان الصغير ، فالكبير والأوسط عبدان ؛ فالصغير حر على كل حال ، وإنما الشك في الكبير والأوسط ولهما تفسير .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والقول عليها

---

(٢٠٩) كلمة (اليه) ساقطة في ت .

مستوفى ، فلا معنى لاعادته هنا مرة أخرى ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب المدنيين

وسئل ابن القاسم عن أربع بنات استلحقت احداهن أخاً ، أو[٢١٠] استلحقت أخاً وأختاً ؛ قال ان استلحقت أخاً لم يكن عليها غرم ، لأنه لو ثبت نسبه ، كان حقه فيما صار في يد العصبة ؛ ولو استلحقت أخاً وأختاً نظر إلى أصل[٢١١] الفريضة لو كان الأخ معهم فأكمل لها ، ثم نظر الى ما فضل في يديها فرددته ، فكان بين الأخ والأخت على فرائض الله ؛ لأن الأخ لو كان لا يدخل مع الأخت ، ثم كانت هي وارثة وحدها فكان لها النصف فأقرت بأخ وأخت ؛ لا[٢١٢] ينبغي أن يكون فضل ما تفضله أن لو ثبت نسبها للأخت دون الأخ حتى يستتم الثلثان ، فليس هو كذلك ؛ ولكن الاقرار بينهما جميعاً يقتسمونه على فرائض الله ؛ وأصل هذا أن ينظر ما[٢١٣] لو ثبت نسبه ببينة فكأن يكون بين جميع من ثبت له البينة على فرائض الله ، وكذلك كل من أقر لهم في فضل ما في يديه يرجع عليهم على فرائض الله ، وكل من أقر بشيء يكون ما أقر له ليس في يديه فضل أن لو ثبت نسبه فلا ينقص من حقه شيء ، ويكون حقه فيما ورث العصبة من ذلك ؛ هذا ما سمعت ، وهو مما لا اختلاف فيه ؛ وقال ابن كنانة ذلك للأخت دون الأخ[٢١٤] ، لأن

---

(٢١٠) في ت (واستلحقت) .

(٢١١) كلمة (أصل) ـ ساقطة في ت .

(٢١٢) في الأصل (فلا) .

(٢١٣) في ت (إلى ما) .

(٢١٤) في ت (للأخ دون الأخت) .

حق الأخ[٢١٥] فيما بين العصبة لم يصر اليها منه شيء ؛ قال ولو أنها اذا استلحقته كان معها قبل ذلك أخ قد كان ورث معها ، ثم استلحقت هذا بعد ؛ فإنه إذاً يأخذ مما بيدها[٢١٦] قدر ما ينوبه ، لأن له في يديها حقاً قل ذلك أو كثر ، من أجل الأخ الذي معها قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : قوله في الأربع بنات إذا استلحقت إحداهن أخاً لم يكن عليها غرم ، لأنه لو ثبت نسبه كان حقه فيما صار في يدي العصبة هو المشهور في المذهب ، وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى ذكر الاختلاف في ذلك ، ووجه القول فيه ؛ فقوله في آخر المسألة في هذا : هذا ما سمعت ، وهو مما لا اختلاف فيه ، ليس بصحيح ، لما قد ذكرناه من الاختلاف في ذلك ؛ وأما قوله ولو استلحقت أخاً وأختاً نظر إلى أصل الفريضة لو كان الأخ معهم ـ يريد لو كان الأخ والأخت معهم ، لأنها إنما أقرت بهما جميعاً ، فما فضل في يديهما مما يجب لها على الانكار لهما على ما يجب لها على الاقرار بهما ، كان بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ؛ هذا قول ابن القاسم ـ وهو الصحيح في النظر ، بدليل ما احتج به في الرواية ؛ وظاهر قول ابن كنانة أن الفضل الذي يراه ابن القاسم بين الأخ والأخت ، هو الذي يراه هو للأخت دون الأخ ، وذلك مما لا يصح أن يحمل على ظاهره ، وإنما معناه أن ما فضل بيدها على الانكار لهما جميعاً على[٢١٧] ما يجب لها على الاقرار بها وحدها يكون لها ؛ فمحصول قوله أن إقرار الواحدة من البنات[٢١٨] الأربع بأخ وأخت ، كإقرارها بأخت لا أكثر سواء ؛ والذي في الواضحة أيضاً في هذا

---

(٢١٥) في الأصل (لأن الحق) ـ مع اسقاط (الأخ) .

(٢١٦) في ت (في يدها) وفي ق ٣ (من يديها) .

(٢١٧) في الأصل (عما) .

(٢١٨) في الأصل (النساء) .

مشكل ، وهذا بيانه ، إذ لا يصح في النظر خلافه ؛ وقول ابن كنانة هذا خلاف ما حكيناه عنه في رسم العتق من سماع عيسى من أن المقر به من الورثة برجع على من أقر به[٢١٩] منهم أو على[٢٢٠] من أنكره ، على التفسير الذي ذكرناه هنالك ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

قال وسألت ابن القاسم عن المرأة تقر بعد وفاة زوجها ، أنها قد كانت أحلت جارية لها لزوجها ، وأن ولدها هذا منه ، هل تعتق هي وولدها عليها ؟ فقال ابن القاسم نعم ولا تقوم عليه في ماله ، ويمنعها الولد من الربع ، لأنها استلحقته .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة ، ورأيت لابن دحون أنه قال فيها والجارية لها مملوكة ، لأنها لما أقرت أنها أباحتها لزوجها فهو زنى يدرأ فيه[٢٢١] الحد بهذه الشبهة ؛ ولو كان معها شاهدان بإقرار الزوج على ذلك ، لأخذت قيمتها من ماله ، وعتقت عن الميت ، لأنها أم ولده ؛ فإذا لم يكن إلا دعوى الزوجة، فالجارية باقية على ملكها، والابن حر،(باقرارها)[٢٢٢] أنها أباحتها لزوجها وتدفع ما أقرت له به وهو الثمن وليس ذلك عندي بصحيح، بل قول ابن القاسم أنها تعتق هي وولدها عليها[٢٢٣] هو الصحيح ، ولا تقوم عليه في ماله، إذ لا يعرف ذلك إلا من قولها، فهي مدعية في القيمة، لاقرارها أن الواجب أن تعتق عليه، ويؤخذ منه لها القيمة، وبالله التوفيق.

---

(٢١٩) في ت (له) .

(٢٢٠) في ت (فعلى) .

(٢٢١) في الأصل (به) .

(٢٢٢) كلمة (باقرارها) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٢٣) في ت (عليها هي وولدها) ـ ففيها تقديم وتأخير .

مســألة

قال وسألت ابن القاسم عن الأخوين يقران بأخ أنه أخوهما ولهما إخوة ، قال يثبت نسبه بشهادتهما .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن النسب يثبت بإقرارهما جميعاً إذا كانا عدلين ، لأن النسب يثبت بشهادة شاهدين ، وشهادتهما جائزة ، إذ لا تهمة عليهما فيها ، وبالله التوفيق .

مسألـة

وسألت ابن القاسم عن المولى عليه يستحلق أخاً أيلزمه في ماله ما يلزم غيره ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : قوله (ان)[٢٢٤] المولى عليه إذا استلحق أخاً لا يلزمه في ماله ما يلزم غيره ، ظاهره مثل المشهور من قول مالك أن المولى عليه لا تجوز أفعاله وإن كان حسن النظر ، إذا أطلق القول ولم يقيد ذلك بشرط أن يكون سيىء النظر ، خلاف المشهور من قوله إن أفعاله جائزة إذا كان حسن النظر لنفسه ـ وإن كان مولى عليه ، وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سئل عنها أصبغ

قيل لأصبغ الرجل يقر للرجل أنه أخوه أو ابن عمه ـ وهو صحيح (أو مريض)[٢٢٥] وكيف لو أقر به أو استلحقه عند الموت ؟ فقال فلان وارثي ، أو فلان أخي ، أو فلان ابن عمي أو لا وارث لي

---

(٢٢٤) كلمة (ان) ساقطة في الأصل .

(٢٢٥) جملة (أو مريض) ساقطة في الأصل .

إلا فلان ؛ فقال إذا أقر الرجل بأحد هؤلاء الذين ذكرت في صحة أو مرض ، فإن كان له وارث يعرف من قرابته أو مواليه ، فلا يجوز إقراره ، ولا استلحاقه واحداً من هؤلاء من قريب ولا بعيد إلا الولد ـ ولد الصلب بخاصة[٢٢٦] ، فإن الرجل يستلحق في حياته وعند موته ولداً إذا زعم أنه ولد صلبه دنية ، ولا يتهم فيه ـ كان له ولد من صلبه غير الذي استلحق، أو أخوه، أو عصبة، أو موالي، فاستلحاقه جائز اذا زعم أنه ولد لصلبه، قوله فيه مقبول، وهو فيه مصدق؛ وأما إذا كان له أخ وابن عم أو موالي أو عصبة معروفة ثابتة ، فأقر لرجل من الناس أنه أخوه ، أو (أنه)[٢٢٧] ابن عمه ، أو أنه ابن أخيه ، أو أنه وارثه ، أو أنه مولاه ؛ فإقراره باطل لا يجوز ، ولا يثبت له نسب ، والعصابة المعروفة من القرابة والموالي المعروفين ، أولى بالميراث من هذا المستلحق ، لا يحجب ولا يرث شيئاً إذا كان ثم وارث معروف ؛ وليس بقوله أن هذا وارثه أو أخوه[٢٢٨] ، يحجب أهل الميراث المعروفين عن حقهم ؛ لأن الأخ لا يستلحق ، ولا يستلحق إلا الولد دنية للصلب ؛ قال وهذا إذا كان له وارث ثم معروف ، فأما لو أن رجلاً لا وارث له يعرف من قريب ، أو مولى نعمة ، فأقر بأخ أو ابن عم أو مولى أو أقر لرجل أنه وارثه، أن إقراره جائز، والمقر له له[٢٢٩] الميراث إذا أحاط به ، كان إقراره في صحة أو مرض ، لأنه لا يتهم ههنا أن ينزع الميراث من وارث معروف[٢٣٠] إلى هذا المقر

(٢٢٦) في ت (خاصة) .

(٢٢٧) كلمة (انه) ساقطة في الأصل .

(٢٢٨) في ت (اخوه او وارثه) .

(٢٢٩) في ت (وللمقر له الميراث) .

(٢٣٠) في ت ق ٣ (يعرف) .

له الذي لا يعرف إلا بقوله ، فالميراث للمقر له المستلحق حتى يأتي وارث معروف النسب أو الولاء ، مثل ما لو أن رجلًا لا وارث له يعلم ، فحضرته الوفاة فقال فلان أخي ، أو فلان وارثي ، أو ابن عمي ، أو مولاي اعتقني أو أعتق أبي ، كان ميراثه للمقر له ، إلا أن يأتي وارث يعرف ، أو مولى ، فيكون أولى بالميراث من هذا المقر له(٢٣١) ، وهذا المقر له أيضاً إذا لم يكن له وارث يعرف ، ليس يعطى المال على أن نسبه ثابت بإقرار الميت في صحة أو مرض ، نسبه (غير)(٢٣٢) ثابت على كل حال ، كان ثم وارث غيره أو لم يكن ، وإنما يعطي المال إذا لم يكن ثم وارث معروف بأن الميت أقر بأنه أولى الناس بماله ، فبهذا يعطاه ، وليس بأن نسبه ثابت باستلحاقه إياه ؛ قلت فإن أقر بهذا الرجل أنه وارثه(٢٣٣) ـ وله ورثة معروفون ، ولم يمت المقر حتى مات أوراثه المعروفون(٢٣٤) الذين كانوا يدفعون المقر له ، أيجعل المال لهذا المقر له ؟ قال نعم ، لأنه ليس له وارث معروف يدفعه ، فكأنه إنما أقر له الساعة ولا وارث له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة ، وما تقدم في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب ، وقد مضى من الكلام عليه ـ ما فيه بيان لهذه المسألة ؛ ورأيت لبعض أهل النظر أنه قال مساواة أصبغ في هذه الرواية بين أن يقول فلان وارثي ، أو فلان أخي ، أو فلان ابن عمي ، خلاف قول ابن القاسم في المدونة ، إذ لم يجز

---

(٢٣١) في ت (المقر) ـ باسقاط (له) .

(٢٣٢) كلمة (غير) ساقطة في الأصل .

(٢٣٣) في الأصل (وارث) .

(٢٣٤) ثبت في سائر النسخ المعروفين ، ولعل الصواب ما أثبته .

شهادة الشهود للرجل أن فلاناً مولاه دون تفسير حتى يقولوا مولاه أعتقه ؛ وليس مذهب ابن القاسم أن شهادتهم لا تجوز بحال حتى يقولوا أعتقه ، وإنما معناه أنها لا تجوز إذا سئلوا فأبوا أن يفسروا ؛ فالواجب عنده أن يسئلوا عن تفسير ما به شهدوا ، فإن فات ولم يسألوا حتى فات سؤالهم ، جازت الشهادة ، بدليل قوله وأقر الميت أن هذا مولاه ، أو شهدا على شهادة أحد أن هذا مولاه ؛ وأما أن يقولا هو مولاه ولا يشهدان على عتقه ، ولا على إقراره ، ولا على شهادة أحد ، فلا أرى ذلك شيئاً ؛ وهو قول أشهب أنه إن لم يقدر على كشفهم حتى ماتوا جازت الشهادة ، وقضى بها في المال وغيره ، وسحنون لا يجوز[٢٣٥] الإقرار بحال ، لأن بيت المال عنده كالنسب القائم . والذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم إذا قال فلان وارثي فلم[٢٣٦] يفسر شيئاً حتى مات ، أن يكون له جميع الميراث ، لأن الظاهر من قوله فلان وارثي ، أنه المحيط بميراثه ؛ وهذا فيمن يظن به أنه لا يخفى عليه من يرثه ممن لا يرثه ؛ وأما الجاهل الذي لا يعلم من يرثه ممن لا يرثه ، فلا يرثه بقوله فلان وارثي حتى يقول هو ابن عمي أو ابن ابن عمي ، أو ابن عم عمي ، أو ابن ابن عم عمي ، أو مولاي أعتقني ، أو أعتق أبي ، أو أعتق من أعتقني ، أو (من)[٢٣٧] أعتق أبي ، أو ولد من أعتقني ، أو (من)[٢٣٧] أعتق أبي ، أو من أعتق من أعتقني ، وما أشبه ذلك ؛ وكذلك إذا قال فلان أخي قاصداً بذلك إلى الاشهاد بالميراث ، مثل أن يقول أشهدكم أن هذا أخي يرثني ، إن مت ، ومثل أن يقال له هل لك وارث فيقول نعم هذا أخي ، وما أشبه ذلك ، وأما إن قال على غير سبب : هذا أخي ، أو فلان أخي ـ ولم يزد على ذلك ، فلا يرث من ماله إلا السدس ، لاحتمال أن يكون أخاه لأمه ، ولو لم يقل هذا أخي ، ولا فلان أخي ؛ وإنما سمعوه يقول يا أخي يا أخي ، لم يجب له بذلك

---

(٢٣٥) في ت (يجيز) .

(٢٣٦) في الأصل (لم) .

(٢٣٧ ـ ٢٣٧) كلمة (من) ساقطة في الأصل .

ميراث ؛ لأن الرجل قد يقول أخي ، أخي ـ للرجل الذي لا قرابة بينه وبينه[٢٣٨] ـ يقر به بذلك إلا أن تطول المدة السنين بأن يدعو كل واحد منهما (صاحبه)[٢٣٩] باسم الأخوة أو العمومة ، فيكون ذلك حيازة للنسب ، ويتوارثان بذلك ، ويشبه ـ على قول سحنون الذي تقدم له في نوازله ـ ألاَّ يكون له الميراث بقوله فلان أخي ، أو فلان وارثي ـ حتى يفسر ، إذ قد[٢٤٠] قال ـ وهو المشهور من مذهبه[٢٤١] ـ أنه لا ميراث له وإن فسر ، لأن بيت المال كالنسب القائم ، وبالله التوفيق .

مسألة

قلت فإن استلحق ولد ولد فقال هذا ابن ابني ـ وابنه ميت ، هل يلحق به إذا كان له وارث معروف ، كما يلحق به ابنه لصلبه ؛ قال لا ، ولد الولد في هذا بمنزلة الأخ ، والعصبة ، والمولى ، لا يجوز له استلحاقه إذا كان له وارث معروف ، مثل ما أخبرتك في الأخ وغيره ، وذلك أن ابنه الذي زعم أن هذا ولده لو كان حياً فأنكر أن يكون ابنه ، لم يكن للجد أن يستلحقه ، ولا يلحق بولده ولداً هو له منكر ، ولا يلحق بالجد إلا أن يقر به الأب ؛ فلهذا لم يكن للجد أن يستلحق ابن ابنه ، كما يستلحق ابنه بصلبه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال أنه لا يجوز للرجل أن يلحق بولده ولداً هو له منكر ، وقد قيل إن الجد إذا استلحق ولد ولده لحق به ، لأنه مقر بنسب بنوة لحقت به ، حكى ذلك أبو اسحاق التونسي في كتابه ، وليس

---

(٢٣٨) في ت ق ٣ (بينهما) .

(٢٣٩) كلمة (صاحبه) ساقطة في الأصل .

(٢٤٠) كلمة (قد) ساقطة في ت .

(٢٤١) في الأصل (مذهب) .

ذلك بصحيح إلا على الوجه الذي نذكره ، وذلك أن استلحاق الجد على وجهين ، فإن قال هذا ابن ولدي ، أو ولد ابني ، لم يصدق ؛ وإن قال أبو هذا ابني ، أو والد هذا ابني صدق ؛ والأصل في هذا أن الرجل إنما يصدق في إلحاق ولد فراشه ، لا في الحاق ولد فراش غيره ؛ وهذا ما لا ينبغي أن يختلف فيه ، وقد مضى في نوازل سحنون ما فيه بيان هذا ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قلت له فإن كان له ورثة موالي ، أو غير ذلك من الأوراث ، فقال لرجل من الناس : هذا أخي ـ وهو صحيح أو مريض ؛ هل يثبت نسبه ؟ قال نعم إذا كان الذي زعم أنه أبوه ـ مقراً له بذلك ، فإن نسبه ثابت منه ، وذلك أن الأب هو الذي استلحقه ـ وهو مقر له بأنه ابنه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال من أنه لا يثبت نسبه إلا بإقرار الأب له بذلك وهو مما لا اختلاف فيه ، إذ لا يجوز للرجل أن يلحق بغيره ولداً هو له منكر باتفاق ، وقد مضى بيان ذلك في المسألة التي قبلها ، وبالله التوفيق .

ومن نوازل أصبغ[٢٤٢]

قيل لأصبغ رجل هلك وترك ابنة وأختا وادعت الابنة أنه هلك مسلماً وهي مسلمة ، وادعت الأخت أنه هلك نصرانياً ـ والأخت نصرانية ، ولا يعرف في أصل على كفر ؛ فقال أصبغ أن هاتين كلتاهما إنما تدعيان النصف ، ولأن الأخت لا ترث إلا النصف ،

(٢٤٢) في ت (اصبغ بن الفرج) .

والنصف الآخر على أي ذلك كان للميت ، فهو لغيرهما ؛ فهما يدعيان في النصف فأراه بينهما بعد أن يتحالفا ، ويكون النصف الآخر لجميع المسلمين .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إن كانت الأخت لا تدعي إلا النصف ، وأما إن ادعت الكل ـ وقالت من ديننا أن ترث الأخت الجميع وصدقها في ذلك أهل دينها من الأساقفة ، فيكون ذلك حكم المال يدعي أحد الرجلين أو المرأتين نصفه ، والثاني جميعه ، فيكون لمدعي النصف الربع ، ولمدعي الكل الثلاثة الأرباع ـ على المشهور من مذهب ابن القاسم ، ولمدعي النصف الثلث ، ولمدعي الكل الثلثان ـ على المشهور من مذهب مالك ، اذ قد روي عن كل واحد منها مثل قول الآخر[٢٤٣] ، والله الموفق .

مســألة

قلت فلو هلك وترك ابنا وابنة ، فادعي الولد أنه هلك مسلماً ، وادعت البنت أنه هلك نصرانياً ، فقال يكون لابنه الربع لأنها تدعي النصف وقد أسلمت النصف الآخر ولم تدع فيه ، ويكون للابن ثلاثة أرباع ، لأنه يدعي المال كله .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة على قياس قوله في المسألة التى قبلها من أن الابنة تدعي نصف المال وعلى المشهور من مذهب ابن القاسم؛ وعلى المشهور من مذهب مالك ، يكون المال بينهما أثلاثاً ، للابن الثلثان ، وللابنة الثلث ، وذلك بعد ايمانهما جميعاً في هذه المسألة ، وفي التي قبلها ؛ فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، كان للحالف منهما ما ادعاه ، فإن نكلا جميعاً ، كان ذلك كحلفهما جميعاً ؛ ولو ادعت الابنة الكل على ما ذكرناه في المسألة التي قبلها ، لكان المال بينهما بشطرين بعد ايمانهما قولاً واحداً ، وبالله التوفيق .

---

(٢٤٣) في ت ق ٣ (ضاحبه) .

مسـألة

قلت فلو هلك وترك ولدين قد بلغا وابناً صغيراً ، فقال أحدهما هلك أبونا مسلماً ، وقال الآخر نصرانياً ؛ فقال[٢٤٤] أصبغ كلاهما مقر للصغير بالنصف ، فالنصف له كاملاً ويجيز على الإسلام ، ولهما جميعاً النصف ، قال سحنون فإن مات الصبي قبل البلوغ ، حلفا جميعاً واقتسما ميراثه ؛ وإن مات أحدهما قبل بلوغ الصبي ، فإن كان للميت ورثة معروفون[٢٤٥] ، كانوا احق بميراثه ، وإن لم يكن له ورثة أخر ، فإذا كبر الصبي يوماً ما فادعاه كان له .

قال محمد بن رشد : قول سحنون فإن مات الصبي قبل البلوغ حلفا جميعاً واقتسما ميراثه ، مفسر لقول اصبغ في أن ميراث[٢٤٦] الصبي إذا مات قبل البلوغ ، يقتسم أخواه المسلم والنصراني ميراثه بينهما بنصفين ، ولا اختلاف بينهما في هذا ؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه على دينه ، فهو أولى بميراثه ، ومخالف له في وجهين ، أحدهما ما يكون له معهما من ميـراث أبيهم ، والثاني هل يجبر على الإسلام بعد بلوغه ، أو يكون له أن يختار أي دين شاء ، فلسحنون في كتاب ابنه أنهما يحلفان جميعاً ، ويوقف للصغير ثلث ما بيد كل واحد منهما حتى يكبر فيدعي مثل دعوى أحدهما ، فيأخذ ما وقف له من سهمه ، وهو ثلثه ، يريد ويأخذ مما بيده تمام نصفه ، لاستوائهما جميعاً في الدعوى بعد يمينه ، ويرد الى الآخر ما وقف له من سهمه ؛ فإن ادعى إذا كبر أن أباه كان على دين ثالث ، أخذ ما وقف له من نصيب كل واحد منهما بعد يمينه أيضاً ، ووجـه هذا القول ، انه لما كان الصغير

---

(٢٤٤) في ت (قال) ، وفي ق ٣ (وقال) .

(٢٤٥) (معروفين) .

(٢٤٦) كلمة (ميراث) ساقطة في الأصل .

لا يعرب عن نفسه ، وقفنا له ثلث المال ، لاحتمال أن يدعي جميعه بدين ثالث يدعي أنه كان عليه أبوه، ولأخويه الكبيرين ثلثان، ثلث لكل واحد منهما لتساويهما في الدعوى ، ثم يقول كل واحد منهما لصاحبه تخل لنا عن ثلثك ، إذ لا حق لك في الميراث إذ مات أبونا على خلاف دينك ، وليس أحدهما بالسعد من صاحبه في هذه الدعوى ، فيبقى ثلث كل واحد منهما بيده ؛ وقد بين أصبغ وجه قوله في الرواية بما لا مزيد عليه ، فإن مات الصغير قبل البلوغ ، حلفا جميعاً واقتسما الثلث بينهما بنصفين على ما قاله سحنون في الرواية ، إذ لا يختلفان في هذا ؛ وقول سحنون في الرواية إذا مات أحد الكبيرين ، أنه إن كان له ورثة كانوا أحق بميراثه ، وإن لم يكن له ورثة ، وقف ميراثه إلى أن يكبر ؛ فإن ادعاه ، كان له ؛ليريد أنه إن اختار دين الميت منهما ، كان له ميراثه الذي وقف له ـ استحسان على غير حقيقة القياس ، وكان القياس أنْ يوقف له قدر حظه من الميراث إذا كان له ورثة ، كما يوقف له جميعه إذا لم يكن له ورثة ؛ والذي يأتي في هذا على مذهب اصبغ الذي يرى أن يجبر على الإسلام ، ألاَّ يوقف له الميراث ؛ ويتخرج الحكم له به على قولين ، أحدهما : أنه يحكم له بحكم الإسلام من أجل أنه يجبر عليه ، ولا يترك على النصرانية ، فيرث المسلم ولا يرث النصراني ، والثاني : أنه لا يحكم له بحكم الإسلام حتى يبلغ ويجيب اليه ، أو يجبر عليه ، فلا يرث واحد منهما ؛ إذ لا يدري هل هو مسلم أو نصراني من أجل أنه تبع لابيه في الدين ، ولا يعرف دين أبيه ، وباللّه التوفيق .

مسألة

قيل لأصبغ رجل توفي وترك أخوين ، وترك امرأته حبلى ، فولدت غلاماً ؛ فقال أحد الأخوين ولدته ميتاً ولم يستهل ؛ وقال الآخر بل ولدته حياً وقد استهل صارخاً ، وقالت المرأة ولدته حياً واستهل ؛ فقال ابدأ بالإقرار فاعطهم عليه على أنه استهل ، فللمرأة

إذا استهل ثمن الميراث وهو ثلاثة من أربعة وعشرين ، ويبقى من المال احد وعشرون قيراطاً لابنها ، فلها من ميراث ابنها ثلثه ، وهو سبعة من أحد وعشرين ، فصار لها عشرة ، ويبقى من المال أربعة عشر بين الأخوين لكل واحد منهما سبعة ، سبعة ، وعلى الإنكار، لها ربع ميراث زوجها إذا خرج الصبي ميتاً ، وهو ستة من أربعة وعشرين ، ويبقى من المال ثمانية عشر بين الأخوين ، لكل واحد منهما تسعة ، تسعة ، على الإنكار ؛ فقد أخذ الأخ الذي أنكر سبعة في الإقرار ، ويبقى له سهمان يرجع لهما على المرأة ، فيصير له تسعة ، ويبقى للمرأة ثمانية ؛ لأنه مرة يصير لها ربع الميراث ـ وهو ستة من أربعة وعشرين ، ومرة يصير لها ثمن من أربعة وعشرين ، وهو ثلثه ، وثلث احد وعشرين ، وهو سبعة وذلك عشرة ، فلها نصف ما بين هذا وهذا ؛ فصار لها ثمانية ، وللأخ الذي أقر سبعة ، فاستقامت على اربعة وعشرين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن الزوجة التي ادعت ان ابنها استهل تقول لي ميراثي في زوجي الثمن ثلاثة أسهم من أربعة وعشرين ، وميراثي في ابني الذي استهل وهو ثلث ما بقي بعد ثمني وذلك سبعة أسهم ، فجميع مالي عشرة أسهم ، وليس لِواحد منكما الا ميراثه في ابن أخيه وهو ولدي[٢٤٧] الذي استهل ـ وذلك سبعة أسهم ، سبعة أسهم ـ لِكل واحد منكما ؛ فيقول المنكر منهما لاستهلال الولد بل[٢٤٨] ليس لك إلا الربع وهو[٢٤٩] ستة أسهم من أربعة وعشرين[٢٥٠] لي نصف الباقي ـ

---

(٢٤٧) جملة (وهو ولدي) ساقطة في الأصل .

(٢٤٨) كلمة (بل) ساقطة في ت .

(٢٤٩) في ت ق ٣ (وذلك) .

(٢٥٠) جملة (من اربعة وعشرين) ـ ساقطة في ت ق ٣ .

وهو تسعة أسهم ، فيأخذ انمنكـر لاستهلال الابن من الأخوين تسعة أسهم ، ويقال[٢٥١] للمقر منهما باستهلال (الابن)[٢٥٢] ليس لك إلا سبعة أسهم ميراثك في الابن ، فادفع السهمين إلى الزوجة إلى الستة الأسهم التي لها في ميراث زوجها ، إذا لم يستهل الولد يكون بيدها ثمانية أسهم ؛ ولو اقر الأخ الآخر لدفع إليها أيضاً سهمين ، فاستوفت بهما جميع حقها الواجب لها على استهلال الولد ـ وذلك عشرة أسهم ؛ واقل ما تنقسم منه هذه الفريضة أربعة وعشرون كما ذكر ، لأنه يحتاج فيها إلى إقامة ثلاث فرائض فريضة على انكار الاستهلال من أربعة ، من أجل أن للزوجة الربع ـ إذا لم يستهل الولد ، وفريضة على الاقرار بالاستهلال من ثمانية من أجْل أن للزوجة الثمن ـ إذا استهل المولود ، وفريضة ميراث الولد من ثلاثة ، من أجل أن للأم الثلث ، فيستغنى عن الأربعة بالثمانية، ويضرب ثلاثة في ثمانية يكون[٢٥٣] أربعة وعشرين ، منقسمة على ما ذكرناه ، وبالله التوفيق.

مســألة

قيل لأصبغ ما تقول في الرجل يقر في صحته بأخ (ثم يقر) بعد زمان بولاء لرجل ثم يموت ؛ وكيف ان كان أقر بالولاء قبل اقراره بالأخ ، وكيف إن كان أقر[٢٥٤] بـالأخ أولاً ثـم ثبت الولاء بعد ذلك ببينة ؛ قال أرى النسب أولى على كل حال ، كان هو الأول او الثاني .

قال محمد بن رشد : قوله أرَى النسب أولى على كل حال ، لا يعود

---

(٢٥١) في ت (ويقول) .

(٢٥٢) كلمة (الابن) ساقطة في الأصل .

(٢٥٣) في ت (فيكون) .

(٢٥٤) في الأصل (اقراره) .

على قوله في السؤال: وكيف إن أقر بالأخ أولاً ثم ثبت الولاء بعد ذلك ببينة ؟ إذ لا اختلاف في أنه لا يجوز الإقرار بوارث إلا إذا لم يكن للميت وارث معروف بنسب وولاء ، وإنما يعود على الإقرار بالولاء وبالنسب ، فرأى النسب أولى على كل حال ، تقدم أو تأخر ، ومعنى ذلك عندي إذا قال فلان مولاي ولم يقل اعتقني ، لأنه إذا قال اعتقني ثبت له بذلك الولاء والميراث ، فوجب ان يكون اولى من الاقرار بالنسب ؛ وإذا لمْ يقل اعتقني ، فلا يكون له بإقراره بأنه مولاه إلا الميراث ـ قاله[٢٥٥] سحنون ؛ فهاهنا يصح أن يكون الإقرار بالنسب أولى من الإقرار بالولاء تقدم أو تأخر ؛ وكذلك على قياس هذا لو قال فلان ابن عمي ، وفلان[٢٥٦] أخي ؛ لوجب أن يكون الأخ أولى بالميراث تقدم أو تأخر ، لأن الإقرار بهذا وهو بمنزلة اقامة البينة على هذا وهذا ؛ وقرر ابن الماجشون الإقرار بالولاء أولى من الإقرار بالنسب ، من أجل أن الولاء ثبت[٢٥٧] بالإقرار ، كما يثبت به نسب الولد الملحق ، ولم يشترط ابن الماجشون أن يقول في إقراره به ، اعتقني ، فظاهر قوله ان الولاء يثبت بالإقرار ـ قال أعتقني أو لم يقل ، وسنزيد هذه المسألة بياناً في نوازل سحنون من كتاب الولاء إذا وصلنا اليها إن شاء الله ، وبه التوفيق .

تم كتاب الاستلحاق بحمد الله وحسن عونه ، والصلاة الكاملة على سيدنا مولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً[٢٥٨] .

---

(٢٥٥) في الأصل (قال) .

(٢٥٦) في الأصل (ابن أخي) ـ وهو تحريف ظاهر .

(٢٥٧) في ت (يثبت) .

(٢٥٨) عبارة (وحسن عونه . . . وسلم تسليماً كثيراً) ـ ساقطة في ت .



(كتاب الولاة[1])

من سماع ابن القاسم من كتاب مرض وله أم ولد

وسئل مالك عن المولود يمكث يوماً وليلة وهو حي فيما يرون يتنفس ـ وأكثر من ذلك ـ ولم يستهل صارخاً ، وان عطس ، وان رضع ، وهلك وهلكت أمه قبله ، فهل يرثها ؟ وإن لم يستهل أو لم[2] يتحرك ، فهل يرث ؟ قال مالك لا يرث ولا يورث ، ولا يصلى عليه ، حتى يستهل صارخاً ؛ قال سحنون الرضاع يدل على حياة الصبي ، ولا يمكن أن يرضع الا بعد الاستهلال ؛ قلت فلو بال ؟ قال قد يبول الميت يخرج منه ، وكذلك تحريكه[3] لا يعد حياة ؛ ألا ترى أن تحريكه[3] في بطن أمه لا يعد شيئاً .

قال محمد بن رشد : اتفق أهل العلم على أن المولود لا يرث ولا يورث ولا يصلى عليه ، إلا أن يولد حياً ، وعلامة حياته الاستهلال بالصراخ ؛ بدليل الحديث : ما من مولود الا طعن الشيطان في خاصرته ، ألا تسمعون الى

(١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .
(٢) كلمة (لم) ساقطة في ت ق ٣ .
(٣) في ت (تحركه) .

صراخه ، إلا عيسى ابن مريم ، فإنه لما جاء طعن في الحجاب[٤] ، أو كما قال صلى الله عليه وسلم : فإذا استهل المولود صارخاً علمت حياته ، وإذا[٥] لم يستهل صارخاً لم يعتبر بحركته ، لأن المقتول من بني آدم يتحرك بعد القتل ، وقد كان يتحرك[٦] في بطن أمه ، فلم يعتد بتلك الحركة ؛ وكذلك بوله إن بال لا يعتد[٧] به ، ولا يعد ذلك حياة له ، لأن الميت قد يبول ، فليس بوله على عادة الأحياء ، وإنما يخرج البول منه باسترخاء المواسك بالموت ، وأما إن رضع (وعطس) فقول سحنون : ان الرضاع يدل على حياته ، ولا يمكن أن يرضع الا بعد أن يستهل صحيح ، وعبد العزيز بن أبي سلمة يقول ذلك في العطاس ، فقيل إن سحنون فرق بين الرضاع والعطاس ، لاحتمال أن يكون ما سمع من عطاسه ريح خرجت منه ؛ والصحيح ألاّ فرق بينهما ، إذ لا يشبه العطاس خروج الريح منه ، وكذلك التنفس أيضاً يدل على الحياة ، ولا يمكن أن يكون الا بعد الاستهلال ، بدليل الحديث الذي ذكرناه ، فوجب[٨] الا يحمل قول مالك في هذه الرواية على ظاهره من أنه لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث إذا كان[٩] لم يستهل ، وإن تنفس وعطس ورضع ، لأن نفسه وعطاسه ورضاعه (دون أن يستهل)[١٠] خرق للعادة التي أجراها الله بما اخبر به النبي صلى الله عليه وسلم من خرق هذه العادة في عيسى عليه السلام ، وإنما المعنى في ذلك أنه لما سئل عن المولود يولد فيمكث يوماً وليلة وأكثر من ذلك يتنفس ويعطس ويرضع ولم يستهل ؛ رأى

(٤) أخرجه مسلم في الفضائل ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي ـ هامش ارشاد الساري ٩/ ٢١٧ ـ ٢١٨ ، وانظر مسند احمد ٢ : ٥٢٣ ـ طبع دار صادر .

(٥) في ت ق ٣ (وان) .

(٦) في ت ق ٣ (متحركاً) .

(٧) في ت ق ٣ (لا يعتبر) .

(٨) في ت ق ٣ (فيجب) .

(٩) كلمة (كان) ساقطة في ت ق ٣ .

(١٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

ذلك من المحال الممتنع فقال انكاراً على السائل ورداً لقوله لا يرث ولا يورث ، ولا يصلى عليه حتى يستهل ـ بمعنى أن ذلك لا يصح أن يكون الا بعد الاستهلال ، وقد قال بعض العلماء على طريق الإنكار لهذا السؤال الذي إنما يقصد به إلى تلبيس وابطال الحديث ، لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل وان طعن بالرمح وضرب بالسيف وقاد الجيوش ، فإذا شهد من تقبل شهادته بأن المولود أقام يوماً وليلة واكثر من ذلك يتنفس ويعطس ، ويرضع ، ولم يستهل ، أجزت[١١] شهادتهم وحمل امرهم على أنهم لم يسمعوا استهلاله بالصراخ الذي هو علامة حياته ، وجاءت السنة بأنه لا يصلى عليه حتى يستهل صارخاً بعد أن يولد ؛ فقد[١٢] يكون خفيفاً لا يسمعه من لهى واشتغل ، وقد قال عبد الوهاب في المعونة : وعلامة[١٣] الحياة هي الصياح أو ما يقوم مقامه من طول المكث إذا طال به مدة يعلم انه لو لم يكن حياً لم يبق إليها ومعنى[١٤] قوله انه إذا شهد على ذلك كان كالشهادة على استهلاله ، للعلم بأن ذلك لا يكون منه إلا بعد أن يستهل ، قال ولا يصلى عليه إلا أن يستهل صارخاً ، تحرك أو لم يتحرك ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ، لأن الصلاة انما هي على من عرفت حياته قبل موته ، وبالله التوفيق .

ومن سماع أشهب من كتاب الأقضية

وسئل مالك عن رجل من أهل مصر يغيب إلى المدينة فيموت

(١١) في ت (اجيزت) .
(١٢) في ص ق ٣ (فقال) .
(١٣) في ت (وامارة) .
(١٤) في الأصل (فمعنى) .

بها ، أترى أن يقسم ورثته بمصر ماله إذا علمـوا بموته ، أم يؤخروا[١٥] ذلك حتى يعلموا أتزوج في غيبته أم لا ؟ فقال إن شك في أمره لم يقسم ورثته ميراثه حتى يعلم ذلك ، وإن استوقن[١٦] ولم يشك فيه ، قسم ميراثه بين ورثته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إن شك في أمره بسبب أدخل عليهم الشك في ذلك ، لم يقسم ميراثه حتى يبحث عن ذلك ، ويوقف على الحقيقة فيه بالكتاب الى ذلك البلد وهو محمول على أنه لم يتزوج فيه حتى يعلم أنه قد تزوج فيه فيؤخر قسم ميراثه حتى تحضر أو توكل ، أو يقسم لها القاضي ويوقف لها حظها ، وقد مضت هذه المسألة في سماع أشهب من كتاب العتق وتكررت ها هنا ، وبالله التوفيق .

ومن نوازل[١٧] سحنون

وسئل سحنون عن الذي يقول عند موته فلان مولاي ولا يقول اعتقني ولا ولد له ، فهذا يكون له الميراث ولا يكون له الولاء ، إلا أن يقول اعتقني قيل لسحنون : فلو كان في الصحة فقال فلان مولاي لم يزل بذلك مقراً حتى مات ولا يذكر أنه أعتقه ؛ فقال إقراره في الصحة[١٨] والمرض سواء ، له الميراث ولا يكون له الولاء ؛ قيل لسحنون فلو أن رجلاً كان مقراً في حياته أن فلاناً مولاه ، فلما مرض قال فلان ابن عمي لرجل آخر ـ ولا وارث له ، أو قال ابن عمي ولم يقل

---

(١٥) في ت ق ٣ (يؤخر) .

(١٦) في ت (استيقن) .

(١٧) في ت ق ٣ (مسائل) .

(١٨) في ت (فقال: اقراره في الصحة؟ فقال: اقراره في الصحة والمرض) بتكرار (فقال: اقراره في الصحة) .

لاب وأم ، ثم مات ؛ قال لا يكون له شيء ولا يرثه بالشك والميراث للمولى ، لأنه قد انعقد له الولاء ؛ قيل له : فإن قال فلان مولاي في مرضه ثم قال بعد ذلك فلان ابن عمي ولا وارث لي غيره ـ ثم مات ؛ قال يؤخذ بإقراره الأول ولا يكون للذي أقر به انه ابن عمه شيء ؛ قيل فأقر بذلك في صحته ولا يعرف ذلك إلّا بقوله[١٩] ، وهل يفترق إن كان اقراره بالولاء قبل إقراره بالأخ ؟ قال إذا لم يعلم ذلك الا بقوله ، فالنسب أولى من الولاء ؛ وإذا كانت البينة على الولاء وأقر بالنسب ، كان الولاء اقرب من النسب .

قال محمد بن رشد : هذه مسائل ملتبسة غير بينة المعاني ، فأنا أذكر أصلها الذي تبني عليه وترد بالتأويل اليه ، الأصل في ذلك عنده على مذهبه ، أنه إذا أقر فقال فلان مولاي أعتقني ، ثبت له بذلك الولاء ، وكان بمنزلة إذا قامت عليه البينة ، يكون اقراره له بذلك أولى من الإقرار بالنسب تقدم أو تأخر ، كان في الصحة أو المرض ؛ وان قال فلان مولاي ولم يقل اعتقني ، وجب له بذلك الميراث ، ولم يجب له به الولاء ؛ كان ذلك من إقراره أيضاً في الصحة أو في المرض ؛ فإن أقر مع هذا بنسب لرجل آخر ، كان النسب أولى من الولاء ـ تقدم أو تأخر ؛ كان في الصحة أو في المرض . فقوله قيل لسحنون فلو أن رجلاً كان مقراً في حياته أن فلاناً مولاه ، معناه أنه كان مقراً في حياته أن فلاناً أعتقه ؛ فلذلك قال إنه أحق من الذي أقر له في مرضه، بأنه ابن عمه؛ وأن الميراث له؛ لأنه قد انعقد له الولاء. وقوله بعد ذلك : فإن قال فلان مولاي في مرضه ، ثم قال بعد ذلك فلان ابن عمي لا وارث لي غيره ، ثم مات ؛ أنه يؤخذ بإقراره الأول ، ولا يكون للذي أقر به أنه ابن عمه شيء ، معناه أيضاً إنه قال في مرضه فلان مولاي اعتقني . فقوله أنه

---

(١٩) في ت (من قوله) .

يؤخذ بإقراره الأول إنما قاله من أجل أنه قد انعقد له الولاء بقوله اعتقني ليس من أجل أنه أقر بذلك أولاً . وقوله قيل له فأقر بذلك في صحته ولا يعرف ذلك إلا بقوله[١٩] لم يقع له[٢٠] جواب ، والجواب في ذلك على ما أصلناه من مذهبه وبيناه ، أنه إن كان لم يقل اعتقني ، فإقراره بالنسب أولى على كل حال ـ وان كان إقراره بالولاء متقدماً في صحته ؛ وإن كان قال اعتقني ، فهو أولى من إقراره بالنسب ـ تقدم أوتأخر. وقولهلما سأله هل يفترق ـ إن كان إقراره بالولاء قبل إقراره بالأخ ، أنه إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله ، فالنسب أولى من الولاء ؛ معناه إذا لم يقل اعتقني . وقوله إنه إذا كانت البينة على الولاء وأقر بالنسب ، كان الولاء أقرب من النسب ـ صحيح ؛ وكذلك على ما اصلناه وبيناه من مذهبه : لو لم يكن على الولاء بينة ، وقال في إقراره به اعتقني ؛ لكان الولاء أولى من النسب المقر به ، فهذا بيان مذهب سحنون في هذه المسألة ، وابن الماجشون يرى الإقرار بالولاء أولى من الإقرار بالنسب ، من أجل أن الولاء يثبت بالإقرار ، كما يثبت به نسب الولد المستلحق ؛ ولم يشترط ابن الماجشون أن يقول في إقراره به اعتقني ، فظاهر قوله أن الولاء يثبت بالإقرار ـ وان لم يقل اعتقني ؛ وظاهر قول أصبغ في نوازله من كتاب الاستلحاق ، أن الولاء لا يثبت بالإقرار وان قال اعتقني ، فرددناه هناك بالتأويل إلى مذهب سحنون ههنا[٢١] ؛ وان حملناه على ظاهره تحصل فيمن أقر بولاء[٢٢] لرجل وبنسب لآخر ـ ثلاثة أقوال ، أحدها : إن النسب أولى من الولاء تقدم الإقرار به أو تأخر ، كان في الصحة أو في[٢٣] المرض . والثاني : ان الإقرار بالولد أولى من النسب ـ تقدم الإقرار به أو تأخر ، كان في الصحة أو

(١٩) في ت (من قوله) .
(٢٠) في ت (لم يقع له في ذلك جواب) ـ بزيادة (في ذلك) .
(٢١) كلمة (ههنا) ـ ساقطة في ت .
(٢٢) في الأصل (بالولاء) .
(٢٣) في ت ق ٣ (او المرض) .

في المرض . والثالث : أنه[٢٤] إن قال اعتقني ، كان أولى من النسب ؛ وإن لم يقل اعتقني ، كان النسب أولى منه ـ تقدم أو تأخر أيضاً، وبالله التوفيق .

مسـألة

قيل لسحنون أرأيت العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه (من العبد)[٢٥] بإذن شريكه ـ والشريك لا مال له ، أو له مال ؛ فقال أما من له المال ، فإن العبد يعتق جميعه عليه ، وان لم يكن له مال ، اعتق عليه نصيبه من العبد ، ولم يعتق نصيب صاحبه ؛ قلت فان مات العبد وترك مالاً ؟ قال يرثه المتماسك بالرق دون صاحبه ، فإن اعتق هذا العبد عبداً آخر بإذن هذا المتمسك بالرق ، فمات هذا المعتق وترك مالاً ، قال يرثه الرجلان جميعاً الذي تمسك بالرق ، ومولى العبد المعتق ولا مال له .

قال محمد بن رشد : قوله إن ميراث ما اعتقه هذا العبد المعتق نصفه بإذن المتمسك بالرق (بين الذي تمسك بالرق وبين مولى العبد المعتق)[٢٦] لنصفه ولا ماله ، هو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه ، خلاف قوله في رواية يحيـى عنه ـ حسبما وقع من الروايتين جميعاً في رسم الصلاة من سماع يحيـى من كتاب العتق ، وقد مضى القول[٢٧] على ذلك (هنالك)[٢٨] فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

---

(٢٤) كلمة (انه) ساقطة في ت .

(٢٥) جملة (من العبد) ساقطة في الأصل .

(٢٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٧) في ت ق ٣ (الكلام) .

(٢٨) كلمة (هنالك) ساقطة في الأصل .

مسـألة

وسئل عمن توفي وترك ابناً خنثى ، وابن ابن خنثى أيضاً ، قال فللأول ثلاثة أرباع المال ، أصلها من أربعة وعشرين ، فيقال لابن الابن ان كنت ذكراً كان لك الربع الباقي كله ، فخذ نصفه ـ وهو ثلاثة أسهم ، ثم يقال له لو كنت انثى كان لك السدس فخذ نصفه وهو سهمان[٢٩] فيصير له خمسة ويفضل سهم من أربعة وعشرين للعصبة .

قال محمد بن رشد : بنى سحنون جوابه هذا على مذهب ابن القاسم في التداعي فأخطأ في بنائه عليه،وتفسير ما ذهب اليه: أن الابن يدعي جميع المال ، لأنه يقول[٣٠] بأنه ذكر ، وأن ابن الابن انثى ، وابن ابن الابن يدعي نصف المال ! لأنه يقول بأنه ذكر ـ وأن الابن أنثى ؛ فيقال لابن الابن قد أقررت للابن[٣١] بالنصف ، فادفعه اليه ، والنصف الثاني يقسم بينكما بنصفين لتداعيكما فيه ؛ فيحصل للابن ثلاثة أرباع المال ، ولابن الابن الربع ؛ ثم يقول العصبة لابن الابن انما لك من هذا الربع السدس ، لأنكما جميعاً[٣٢] انثيان[٣٣] فيقول بل[٣٤] هو لي كله ، لأني ذكر فيحصل التداعي[٣٥] بينها في نصف السدس فيقسم بينهما فيحصل للعصبة ربع السدس ، وهو سهم من أربعة وعشرين كما قال ؛ وموضع الخطأ في هذا البناء تقديره فيه : إن العصبة

---

(٢٩) في ت (اثنان) .

(٣٠) في الأصل (له انه) .

(٣١) في ت (لابن الابن) .

(٣٢) في الأصل (معاً) .

(٣٣) في ص ق ٣ (اثنان) .

(٣٤) كلمة (بل) ساقطة في الأصل .

(٣٥) في ت (النزاع) .

تقول لابن الإبن انما لك من هذه الربع السدس ، لأنها لم[٣٦] تقر لابن الابن بالسدس من الربع الباقي بيده ، وإنما أقرت له بالسدس من النصف تكملة الثلثين ، على أنهما جميعاً أنثيان ، والسدس الذي أقرت له به قد أخذ منه الابن نصفه بدعواه أنه ذكر، وهذا بين ؛ والصحيح في بناء المسألة على مذهب ابن القاسم في التداعي أن الابن يقول لابن الابن وللعصبة أنتما مقران لي بالنصف غير منازعين لي فيه ، لأني إن كنت أنثى فلي النصف ، كنت أنت ذكراً على ما تدعي أو أنثى على ما تدعيه العصبة ، فأسلماه الي ، فيأخذ النصف ستة من اثني عشر ، ثم يقول ابن الابن للعصبة أنتم مقرون لي من هذا النصف بالسدس تكملة الثلثين لأنكم تدعون اني أنثى فأسلموه لي ، فيأخذ منه السدس سهمين ، ويبقى بأيدي[٣٧] العصبة الثلث أربعة أسهم ، ثم يرجع الابن فيقول لابن الابن هذا السدس الذي بيدك هو لي لأني ذكر ، فيقول له بل هو لي ، لأنك أنثى فيقسم بينهما ، فيأخذ منه سهماً ويبقى بيده سهم ، ثم يرجع الى العصبة فيقول لهم هذا الثلث الذي بأيديكم هو لي لأني ذكر ، فيقول له العصبة بل هو لنا ، لأنكما جميعاً انثيان ، فيقسم بينهما فيأخذ منهم سهمين من الأربعة الأسهم فيكمل له ثلاثة أرباع المال ، لأنه كان بيده النصف ستة أسهم ، وأخذ من ابن الابن سهماً واحداً ، ومن العصبة سهمين فذلك تسعة أسهم من اثني عشر سهماً ، ثم يرجع ابن الابن على العصبة فيقول لهم هذان السهمان اللذان بأيديكما هما لي لأني ذكر ، فتقول له العصبة بل هما لنا لأنكما جميعاً انثيان فيقسم بينه وبينهم بنصفين ، فيأخذ منهم ابن الابن سهماً واحداً ، فيصير بيده سهمان وهو السدس ، ويبقى بيد العصبة سهم واحد وهو نصف السدس ، وكذلك يجب لهم نصف السدس والسدس لابن الابن ، والثلاثة الأرباع للابن

---

(٣٦) في ت (لأنها تقر) ـ باسقاط (لم) .

(٣٧) في ت (بيد) .

على ما رتبه أهل الفرائض في عمل الفريضة من إقامة أربع فرائض ، فريضة على أنهما ذكران ، وفريضة على أنهما انثيان ، وفريضة على أن الابن ذكر ـ وابن الابن أنثى ، وفريضة على أن الابن أنثى وابن الابن ذكر ، وضرب الفرائض بعضها في بعض إلا أن تتداخل وأضعافها أربع مرات ، وقسمتها على الفرائض وأعطي كل واحد منهم ربع ما اجتمع له، لأن عملهم في مسائل الخنثى كلها إنما يُخرج على مذهب ابن القاسم في التداعي ؛ ويأتي في هذه على مذهب مالك في التداعي الذي يرى القسمة فيه على حساب عول الفرائض ، أن يقسم المال بينهم أجزاء من أحد عشر ، لأن الابن يدعي الكل، وابن الابن يدعي النصف، والعصبة تدعي الثلث؛ وعلى هذا القول قال ابن حبيب في ابن ذكر وابن خنثى ان المال يقسم بينهما اسباعاً ، فلا يصح في المسألة الا هذان القولان ، احدهما على مذهب مالك . والثاني على مذهب ابن القاسم وما سواهما خطأ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل حلف بحرية كل جارية يشتريها إلا وطئها ، فاشترى جارية من ذوات المحارم، وهو عالم أنها تحرم عليه أو جاهل ، هل تعتق عليه في الأمرين جميعاً[٣٨] ؟ قال أصبغ لا أرى عليه شيئاً ، ولا أرى مخرج يمينه في مثل هذا الا فيمن يجوز له الوطء ؛ فأما من لا يجوز وليس هذا الذي أراد ، الا أن يكون أغلق على نفسه بكل معنى ، سحنون يقول اذا اشترى أما وابنتها صفقة واحدة ـ وقد حلف بهذه اليمين ، فانه إذاوطيءواحدة أعتقت[٣٩] الأخرى .

---

(٣٨) كلمة (جميعاً) ساقطة في ت .

(٣٩) في ت (عتقت) .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ في هذه المسألة صحيح على القول بمراعاة المقصد المظنّون في الايمان وحملها عليه ، لا على ما تقتضيه الألفاظ وهو المشهور في المذهب ، الا أنه أصل مختلف فيه - أعني في المذهب ؛ واختلف فيه قول ابن القاسم في المدونة من ذلك[٤٠] أنه قال فيمن حلف ألّا يدخل على فلان بيتاً فدخل عليه المسجد ، أنه لا حنث عليه والمسجد بيت من البيوت ، لأن الله عز وجل قد سمى المساجد بيوتاً ، فقال « في بيوت اذن الله أن ترفع »[٤١] وقال فيمن حلف ألّا[٤٢] يأكل لحْماً . فأكل لحم الحوت، أو ألّا يأكل بيضاً فأكل بيض السمك، أنه حانث، الا أن تكون له نية - وإن كان لحم الحوت وبيض السمك ليس بلحم ولا بيض عند الناس في عرف كلامهم ؛ واختلف في ذلك أيضاً قول أصبغ ، لأن قوله في هذه المسألة خلاف ما حكى عنه ابن حبيب من أنه[٤٣] من حلف أن يطأ امرأته الليلة فألفاها حائضاً، ولم يعلم حين حلف أنها حائض ؛ أنه حانث ، ولا يبرأ إن وطئها ، لأنه وطء فاسد ؛ وهذا الاختلاف داخل في مسألة سحنون ، فتفرقته بين المسألتين قول ثالث في المسألة ؛ ووجهه أنه قد كان له أن يطأ التي لم يطأ منهما لو شاء ، فصار قد قصد إلى ترك وطئها بوطء الأخرى ، فهي استحسان ، خارجة عن القياس على كل واحد من الأصلين ، وبالله التوفيق .

مسألـة

وسئل سحنون عن رجل قال لغلامه ان جئتني بدينار كل شهر ، فأنت حر ، قال ما أعرفه ، وما هذا بشيء وهو عبد .

---

(٤٠) جملة (من ذلك) ساقطة في الأصل .

(٤١) الآية : ٣٦ - من سورة النور .

(٤٢) في الأصل (لا) .

(٤٣) في ت (من ان) .

قال محمد بن رشد : لما عم الشهور بقوله كل شهر ، احتمل أن يريد حياة السيد ، فيكون قوله وصية له بالعتق على هذا الشرط ، وأن يريد حياة[٤٤] العبد ؛ فلا يصح بذلك عتق ، لأنه إنما أعتقه بعد موته ؛ وعلى هذا حمل سحنون قوله ، ولذلك قال إنه عبد ؛ والذي يأتي على أصولهم في هذه المسألة أن يسأل السيد ما أراد بذلك فيوقف عند قوله فيه ، فان لم يسئل حتى مات ، لم يكن له وصية بعتق ، لأن الوصايا لا تكون بالشك ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل قال لجارية له إن ولدت غلاماً فأنت حرة ، وإن ولدت جارية فأختك حرة ، فولدت غلاماً وجارية ، قال إن كان ولد الغلام أولاً ، فالأم حرة ، وابنتها ؛ وإن كانت الجارية أولاً ، فالأخت حـرة ، وإن لم يعلم أيهمـا ولد قبل ، فالأم والأخت حرة ، لأنا قد علمنا أن العتق قد وقع على واحد[٤٥] منهما ، واعتقنا الابنة أيضاً بالشك .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان ولد الغلام قبل فالأم حرة وبنتها صحيح ، لأنها عتقت بولادتها الغلام وهي حامل بالابنة ، فوجب لها العتق بعتق أمها ، اذ لا تلد حرة مملوكة ، لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ كل ذات رحم ، فولدها بمنزلتها[٤٦] . فلا يخرج من رحم الحرة الا حر ، وقد يخرج من رحم الأمة حر ـ يريد وتعتق الأخت أيضاً بولادتها الابنة بعد الابن ، وقوله وإن كانت الجارية أولاً فالأخت حرة ـ يريد وهي أيضاً حرة بولادتها الابن

(٤٤) عبارة (السيد . . . يريد حياة) ـ ساقطة في ت .

(٤٥) في ت (على كل واحدة منهما) .

(٤٦) لم اقف عليه بهذا اللفظ .

بعد الابنة وقوله وإن لم يعلم أيهما ولد[٤٧] قبل ، فالأم والأخت حرة ، لأنا قد علمنا أن العتق وقع على كل واحدة منهما يبين ما قلناه ، وقد وقع في بعض الكتب : لأنا قد علمنا أن العتق وقع على واحد منهما باسقاط كل ، وهو خطأ في النقل والله أعلم ، اذ لا يصح الاَّ يكون لوضعها الثاني منها حكم ، الا لو قال أول ولد تلدينه ، فإن كان ذكراً فأنت حرة ، وإن كان أنثى فأختك حرة ؛ وفي كتاب ابن حبيب وما حكاه الفضل بيان ما تأولنا عليه قول سحنون هذا . وقوله واعتقنا الابنة أيضاً بالشك ، وهو على القول بالعتق في الشك ، والاختلاف في ذلك في المدونة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل سحنون عن المكاتب يمرض وله ولد معه في الكتابة ، فيعتقه سيده لئلا يرث أباه ، قال عتقه اياه جائز ، قيل له فإن مات أبوه من مرضه ؟ قال لا يرث .

قال محمد بن رشد : ظاهر قول سحنون هذا خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة في أن المكاتبين كتابة واحدة لا يجوز للسيد عتق أحدهما الا برضى أصحابه الذين معه في الكتابة ، لأن كل واحد منهم حميل بما على أصحابه ، وكذلك من دخل على المكاتب في كتابته من ولده ، ويحتمل أن يتأول قوله على ما في المدونة ، فيقال معناه إذا رضي بذلك الأب ، فيجوز كما قال ويخرج عن الكتابة ، فلا يرث أباه ان مات من مرضه ، لخروجه عن كتابته ، ويوضع عنه ما نابه منها ، وهذا أولى من حمل قوله على ظاهره من الخلاف ، وبالله التوفيق .

---

(٤٧) كلمة (ولد) ساقطة في الأصل .

مسألة

وسئل عن مكاتبة ولدت من زنى ووطئها سيدها فأحبلها ، قال لا يكون لها الخيار في أن تكون أم ولد ، لأنها حينئذ تعتق على رق ولدها ، وولدها لما ولدوا في الكتابة ، صاروا مثلها .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح بين مثل ما في المدونة ان ذلك ليس لها إذا كان غيرها معها في كتابتها الا برضاهم ، قال سحنون فيها ويكون معها ممن يجوز رضاه وولدها الذي ولدته من زنى في هذه المسألة ممن لا يجوز رضاه ـ لصغره فقوله هذا مثل قوله في المدونة ولو كان وطؤه اياها وإحباله لها بعد أن كبر ولدها من الزنى ، لكان ذلك لها برضاه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يقول لأمته كل ولد تلدينه فهو حر ، هل يتسلط عليها البيع؟ فقال أما من قال في الرجل يقول لغلامه أنت حر إذا قدم فلان ، أنه يبيعه اذا شاء ؛ فإنه يقول في مسألتك انه يبيعها اذا شاء وأما[٤٨] من قال في الغلام يكون موقوفاً ، فإنه يقول في هذه إنه لا يبيعها حتى تيئس[٤٩] من الولد ، ولا يحمل[٥٠] مثلها ، وقد اختلف فيه .

قال محمد بن رشد : تنظيره للمسألة التي سئل عنها بالمسألة التي نظرها بها صحيح ، لأن فلاناً قد يقدم وقد لا يقدم ، فليس بأجل آت على كل حال ، فتلزم فيه الحرية باتفاق ؛ وكذلك الجارية التي أعتق ما يكون لها من

---

(٤٨) كلمة (واما) ساقطة في ص ق ٣ .

(٤٩) في ت (ييئس) .

(٥٠) في ت (يحبل) .

ولد قد يكون لها ولد وقد لا يكون ، ولو سمى أجلاً فقال لها ما ولدت من كذا وكذا فهو حرٌ ، لما كان له أن يبيعها حتى يحل الأجل ـ كالمعتق إلى أجل ؛ وأما إذا لم يضرب أجلاً فلكلا القولين وجه من النظر ، فوجه القول بأنه ليس له أن يبيع الأمة ولا العبد اتباع ظاهر اللفظ ، ووجه القول بأن له أن يبيع كل واحد منهما الاعتبار بالمعنى والاّيحجرعلى أحد بيع عبده ولا أمته الا بيقين ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل[٥١] عن غلام لرجل دخل في غلمان لرجل ثلاثة، فأعتق صاحب الغلام غلامه ، أو كان قد أعتقه قبل أن يدخل بينهم ، فيقال لصاحب الثلاثة ان كنت تعلم غلمانك فأخرجهم، وإلا عتقوا كلهم ، وليس له أن يقول لصاحبه أدخلت علي ضرراً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن صاحب العبد لم يتعد فيما صنع من عتق عبده ، لأنه تمحى منه بعتقه لما اختلط بعبد غيره ، ووجب على صاحب الأعبد الثلاثة عتقهم ، اذ لا يدري من هو الحر منهم ، ولو مات واحد منهم ، أو أعتقه ، لما أعتق عليه الباقي منهم الا على الاختلاف في العتق بالشك ، وقد مضى هذا المعنى في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب العتق ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل قال لغلامه أنت حر إن لم أعتقك ، قال يوقف عليه حتى يموت ، فيعتق من ثلثه إن لم يعتقه حتى مات .

---

(٥١) لفظة (وسئل) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو على[٥٢] المشهور في المذهب من أن الحالف ليفعلن فعلاً ولا يضرب له أجلاً ، لا يحنث الا بالموت ، أو بفوات الفعل الذي حلف ليفعلنه بعد أن مضت من المدة ما كان يمكنه فيه فعله فلم يفعله ، وقد مضى بيان هذا وذكر الاختلاف فيه في سماع أبي زيد من كتاب العتق ، وفي غيره من المواضع ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل سحنون عن رجل قال لأربع جوار له كلما وطئت منكن واحدة ، فواحدة حرة ؛ فوطيء واحدة ، قال يختار من الثلاثة واحدة للعتق ، فإن لم يختر حتى وطيء أخرى ، أعتق الباقيتين ولم يكن له خيار .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، ان[٥٣] له أن يختار واحدة من الثلاث البواقي اذا وطيء واحدة ، ولا اختلاف في ذلك ؛ وإنما يختلف اذا لم يختر شيئاً حتى مات حسبما مضى من الاختلاف في ذلك ، والكلام عليه في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب العتق ؛ وأما قوله إنه اذا لم يختر حتى وطيء أخرى ، فإنه يعتق الباقيتين ولا يكون له خيار ، ففيه نظر ؛ والصواب ان يختار أيضاً اثنتين من الثلاث ، لأن التي وطيء أولاً باقية لم تعتق ؛ فإن لم يختر أيضاً حتى وطيء أخرى ، فههنا يعتق الثلاث كلهن ، لأنه قد وجب عليه[٥٤] عتق ثلاث ولم يبق له سوى التي وطيء آخراً غير الثلاث ؛ ووجه ما ذهب اليه ، أنه لم ير لمن وطيء منهن حقاً في العتق ، فقال إنه اذا وطيء واحدة ، ثم وطيء أخرى ، لم يبق ممن له حق في العتق الا اثنان ؛ فوجب أن

---

(٥٢) كلمة (على) ساقطة في الأصل .

(٥٣) في الأصل (لأن).

(٥٤) كلمة (عليه) ساقطة في الأصل .

يعتقا جميعاً ، لأن عليه عتق واحدة منهما بوطء الأولى ، وعتق الأخرى بوطء الثانية ، وهو بعيد والله أعلم .

مسألـــة

وسئل عن رجل قال لسيد أبيه أعتقه وأنا أخدمك ما عشت ، فأعتقه على ذلك فخدمه الابن ثم عثر على مكروه ذلك ؛ قال سحنون العتق ماض والخدمة ساقطة ، وليس عليه من قيمة أبيه شيء ، وقال أبو زيد وأصبغ يضمن الابن قيمة أبيه ويقاصه بما خدم في القيمة .

قال محمد بن رشد : قول أبي زيد وأصبغ هو الصواب ، لأنه شراء فاسد ، كما لو اشتراه منه بخدمته اياه حياته ، فأعتق عليه ثم عثر على مكروه ذلك بعد أن خدمه الابن ، لكان الحكم في ذلك ما قالاه من وجوب قيمة أبيه عليه اذ قد فات بالعتق ، ويقاص في ذلك بما خدم ، ولا وجه لقول سحنون ـ عندي ، ولو كان العتق ماضياً كما قال والخدمة ساقطة ، لوجب أن يرجع عليه بقيمة ما خدمه ، فيذهب حق السيد في عتق عبده ـ وهو لم يعتقه ـ الا على عوض ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال سحنون من أعتق(٥٥) أمة واشترط عليها رضاع صبي كانت حرة وسقط الشرط ، لأنه لا يجوز أن يعتق عبداً ويشترط خدمته ، ولكن يعتقها ويشترط عليها دنانير ، ثم يستأجرها ليس بها ، فاذا انقضت إجارتها قاصها .

---

(٥٥) في الأصل (عتق) .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أنه لا يجوز للرجل أن يعتق عبده ويشترط عليه خدمة بعد العتق ـ قاله في المدونة وغيرها ، ويجوز أن يعتقه على أن يشترط عليه دنانير بعد العتق ؛ واختلف هل له أن يلزم ذلك العبد وإن كره ، فقال مالك ذلك له ـ وهو قوله في المدونة في الذي يقول ـ لعبده أنت حر بتلا وعليك كذا وكذا ، أن ذلك يلزمه ؛ واختلفْ في ذلك قول ابن القاسم في المدونة ، فإذا أعتق أمته واشترط عليها دنانير برضاها ، أو ألزمها إياها على القول بأن ذلك له ؛ جاز ما قال سحنون من أن يستأجرها على الرضاع باجارة ثابتة في ذمته ، فاذا وجبت لها الأجرة بانقضاء أمد الرضاع ، قاصها بذلك فيما له(٥٦) عليها من الدنانير التي اشترطها عليها ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ومن قال لغلامه إن تركت شرب الخمر فأنت حر ، فقال له بعد أيام قد تركت شرب الخمر ، ان ذلك ليس له حتى تعرف للعبد توبة عن شرب الخمر وحال حسنة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن العبد مدع لما يوجب الحرية له ، فلا يصدق في ذلك حتى يعرف صدقه ، بظهور صلاح حاله ، وبالله التوفيق .

مســألة

وعمن قال في وصيته لغلامين له : أطولكما عمراً فهو حر ، قال يحبس خراج أكثر الغلامين خراجاً ويتقاضى الورثة خراج الآخر حتى يموت أحدهما فيكون للباقي في خراجه من مقر الخراج الموقوف ، وإذا لم يحملهما الثلث عتق من كل واحد منهما ما يحمل الثلث ، وما بقي يصير رقيقاً للورثة .

---

(٥٦) في ت (فيما يجب عليه) .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال من أنه إذا حمل الثلث العبدين جميعاً ، وجب أن تنفذ وصية الميت في أن تنفذ الحرية لأطولهما عمراً بأن يوقفا جميعاً على الورثة ، ويباح لهم أخذ خراج أقلهما خراجاً ، ويوقف خراج أكبرهما حتى يعلم موت(٥٧) أحدهما ، أن الحرية تجب للآخر منهما ؛ وأما إن لم يحملهما الثلث ، فتحول الوصية ويرجع إلى أن يعتق من كل واحد منهما بقدر ما يحمل الثلث على ما قال ؛ مثل أن يكون الثلث عشرين ، وقيمة أحدهما عشرة ، والثاني عشرون ؛ فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه ، إلا أن يجيز الورثة الوصية ، فيصنع في ذلك ما قاله إذا حملهما الثلث ، وبالله التوفيق .

مســألة

وقال فيمن قال في مرضه غلامي حر ـ فلم يزد على هذا فهو وصية ، إلا أن يقول بتل ، وكذلك ما وهب في مرضه إذا رجع فيه بعد أن صح ، إلا أن يبتله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن المرض حال الوصية ، فوجب أن يحمل قوله على أنه وصية ، ويصدق إن صح وأراد الرجوع فيها ، إلا أن ينص على التبتيل ؛ وإنما يختلف إذا قال في صحته عبدي حر بعد موتي ، ولم يكن ذلك منه عند سفر ، ولا على وجه يظهر منه قصده إلى الوصية ؛ هل يصدق أنه أراد به الوصية فيكون له أن يبيعه ، أو لا يصدق في ذلك ويحمل على التدبير ، والقولان في المدبر من المدونة ، ولا يدخل هذا الاختلاف(٥٨) في مسألتنا هذه ، لما ذكرناه من أن المرض حال الوصية ، وبالله التوفيق .

---

(٥٧) في ت (بموت) .

(٥٨) كلمة (وأما) ساقطة في الأصل .

مسألة

وفي رجل قال لرجل ضربت غلامي ، فقال إن كنت ضربته فغلامي حر ، فلم يكن ضربه إلا أنه خنقه ، قال هو حانث .

قال محمد بن رشد : قوله إنه حانث يريد فيما يحكم به عليه ، ولا يصدق إن ادعى أنه نوى ذلك ، ولو أتى مستفتياً غير مطلوب باليمين وادعى هذه النية ، لصدق فيها .

مسألة

ومن واجر عبده(٥٩) ثم أعتقه ، فإن الكراء للعبد يرجع على السيد فيأخذه منه إذا عتق .

قال محمد بن رشد : قول سحنون هذا خلاف ظاهر ما في كتاب العتق الثاني من المدونة وغيره ـ إن العتق إنما يقع بعد انقضاء أمد الاجارة ، كالمعتق إلى أجل ، والاجارة للسيد ؛ وقال أشهب يحلف بالله ما أراد عتقه إلا بعد انقضاء أمد الاجارة ؛ فإن نكل عن اليمين ، كانت الاجارة للعبد ؛ وعلى هذا يختلف فيمن أكرى داره للعام ، ثم باعها قبل تمام العام ؛ فقيل إن البيع ينعقد فيها من يوم عقداه ، ويجب للمشتري من حينئذ ، ويأخذ كراء بقية العام وقيل أن (البيع فاسداً ، إلا كون يستثني البائع بقية المدة ـ وهذا إذا علم المبتاع بالكراء ؛ وأما إذا لم يعلم ، فالكراء له ، وهو عيب ـ إن شاء أخذ الدار على ذلك ، وإن شاء ردها . وقيل إن الدار لا تجب له ولا بعد انقضاء أمد الكراء ولا شيء له في الكراء ، إلا أن يشترطه فيجوز في قول ، ويكون البيع فاسداً)(٦٠) وأما إن لم يعلم المبتاع بالكراء على هذا القول ، فهو عيب إن

---

(٥٩) في ت (عبدا) .

(٦٠) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

شاء أن يلتزم الدار على أنه لا شيء له في الكراء ، وإن شاء ردها ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وعن الرجل يقول اعتقوا[٦١] كل عبد لي قديم ، فإنه يعتق من عبيده كل عبد[٦٢] تقادم مكثه عنده على ما يرى ، ولا ينظر في هذا إلى سنة .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله ولا ينظر في هذا إلى سنة خلاف ما في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا أنه إنْ كان من عبيده من له[٦٣] عنده سنة وأكثر من سنة ، ومن له عنده أقل من سنة ، فلا عتق لمن كان له عنده منهم أقل من سنة ، وإن لم يكن منهم من له عنده سنة فأكثر ، فيعتق من له منهم عنده الستة أشهر ، والخمسة ، والأربعة ، وأقل ، وأكثر ، ويحتمل أن يكون سحنون إنما تكلم على هذا الوجه ، فلا يكون قوله مخالفاً لقول ابن القاسم في سماع أبي زيد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال أصبغ عن ابن وهب عمن قال في وصيته أقدم رقيقي عندي أحرار ، وعنده رقيق ولدوا عنده صغار ، وقد اشترى بعد ذلك رقيقاً ؛ فقال أقدم رقيقه عنده في المملكة يعتقون ، لأنه لم يقل أكبر .

---

(٦١) في ت (اعتق) .

(٦٢) في ت ق ٣ (كل من كان) .

(٦٣) في ت (من كان له) بزيادة (كان) .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال سحنون في رجل سافر بعبد لامرأته ، فباعه في سفره ثم رجع فوجد امرأته قد ماتت وأوصت بعتق ذلك الغلام ـ والثلث يحمله ، ولا يعلم موضع الغلام ولا حي هو أو ميت ، فإن المال يكون موقوفاً أبداً إلى يوم الحساب ، لأنه لا يدري لمن يكون حين لم يدر هل أدركه العتق أم قد كان مات قبل موتها ؟ وكذلك لو استوفى أنه أدركه العتق قبل موتها ، لوقف المال أبداً ؛ وللسلطان أن يجتهد في ذلك رأيه ، فإن رأى أن يضمن الزوج قيمته على أقرب عهدهم بالغلام وما كانت قيمته يومئذ، فعلى أن رآه أفضل؛ وكذلك قال أصحابنا في الذي يوصي بعتق غلام فلا يعلم موضع الغلام ، أنه يقوم الغلام قيمة أقرب عهدهم به ، فيحسب في ثلث مال الميت .

قال محمد بن رشد : قوله إن المال يكون موقوفاً أبداً ، يريد الثمن الذي باعه به الزوج ، لأنه هو الذي يجب صرفه على المشتري ان وجد العبد فأعتق . وقوله إلى يوم الحساب ـ يريد أن يؤيس من وجود العبد قبل ذلك ، فإذا أيس من وجوده ، فلا معنى لتوقيفه ؛ فإن علم أنه مات قبلها ، كان الثمن للورثة ، وإن علم أنها ماتت قبله ، جعل الثمن في عتق ؛ وكذلك إن جهل ذلك ، لأنه محمول على الحياة حتى يعلم موته ، أو يمضي له من السنين ما لا يحيى إلى مثلها . وقوله إن للسلطان أن يضمن الزوج قيمته على أقرب عهدهم بالغلام ، وما كانت قيمته يومئذ ، معناه أن رأى أن يضمن الزوج قيمته يوم باعه على ما عرف من صفته في أقرب عهدهم به ، لأنه محمول على تلك الصفة التي عرف عليها حتى يعلم تغيره عنها ؛ ومعنى ذلك إن كانت قيمته

على هذه الصفة أكثر من الثمن الذي باعه به ، فتكون الزيادة على الثمن الذي باعه به ميراثاً للورثة ؛ وأما الثمن الذي باعه به ، فقد مضى ما يكون الحكم فيه من توقيفه ، وهذا إذا لم يجعل الزوج كالوكيل لها ، وحمل بيعه إياه على العداء منه عليها ، وفي ذلك اختلاف ؛ قال مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والولاكات : هو سفيرها ، فدل ذلك من قوله على أنه يحكم له بحكم الوكيل فيما باع لامرأته واشترى لها ، ومثله من الدليل في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس ، ووقع في سماع زونان من كتاب الدعوى والصلح ما يدل على أنه محمول في ذلك على غير الوكالة (حتى تعلم الوكالة)[٦٤] وصرف سحنون الأمر في القضاء بهذا إلى اجتهاد السلطان ، يدل على أن مذهبه القول بتصويب المجتهدين وهو الصواب ، وفي ذلك اختلاف معلوم ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن رجل قال في صحته لغلامين له نصفكما حر ، أنه يعتق من شاء منهما ، ولو قال أنصافكما حر عتقاً جميعاً .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يقول في صحته لغلامين له نصفكما حر ، أنه يعتق من شاء منهما ؛ بعيد في النظر ، وشذوذ في القول ؛ أنه إنما يكون له أن يعتق من شاء منهما إذا قال لهما أحدكما حر ، وأما إذا قال نصفكما حر ، فالواجب في ذلك على أصولهم ، أن يعتق نصفهما بالسهم ، كان ذلك في الصحة أو في المرض ، أو في الوصية بعد الموت ، غير أن ذلك إن كان في الصحة فخرجت القرعة على عبد قيمته أكثر من نصف قيمتهما ، عتق عليه جميعه ؛ إذ لا يصح التبعيض في عتق الصحيح إن خرجت القرعة على عبد قيمته أقل من نصف قيمتهما ، عتقا جميعاً . وقد قيل إن قوله

---

(٦٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

نصفكما حر بمنزلة قوله أنصافكما حر يعتقان جميعاً ، حكى ذلك ابن حبيب عن أصبغ ؛ وأما إذا قال أنصافكما حر في صحته ، فلا اختلاف في أنهما يعتقان عليه جميعاً ؛ وقد مضى هذا في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب العتق ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل سحنون عن امرأة قالت إن فعلت كذا وكذا فغلامي الذي لي على زوجي حر ، فحنثت ؛ قال يعتق عليها إذا قبضته إن كان يحمله ثلث مالها . قال أصبغ في رجل حنث بعتق رقيقه وله رقيق قد أسلم فيها مضمونه ، أو كانت امرأة لها على زوجها رقيق مضمونة ، لا حنث عليها فيها ؛ لأنها ليست (لها)[٦٥] بملك بعد ولاء له، ولم يقع حنثه على شيء بعينه، والضامن لها يأتي من حيث شاء ، ولا أرى لها في الحرية نصيباً .

قال محمد بن رشد : في المدنية لابن القاسم من رواية عيسى عنه مثل قول سحنون ، وزاد[٦٦] أنه للحالف يبيعه ، ولا يهبه ولا يصالح عنه ؛ فإذا قبضه ، اعتق عليه ؛ وقال ابن كنانة إن قبضه أعتق عليه ، وإن باعه ولم يقبضه سقط عنه الحنث فيه ؛ ونص ما في المدونة : قال عثمان بن كنانة في امرأة تزوجت رجلاً بنقد مسمى انتقدته ، وبرأس موصوف ـ كالئاً عليه ، ثم حلف بالحرية ؛ قال إن قبضت ذلك الرأس من زوجها وقع الحنث عليها فيه ، وعتق ساعة تأخذه ، لأن ذلك قد كان وجب لها يوم حلفت ؛ قال وإن صالحت زوجها على عرض أو عين تأخذه منه في ذلك الرأس، لم يقع عليها فيه حنث، ولم تجبر على أخذ الرأس ؛ قال عيسى بن دينار ، قال ابن القاسم أرى أن

(٦٥) كلمة (لها) ساقطة في الأصل .

(٦٦) في ت (واراد) .

تجبر على أخذه ويعتق عليها ؛ ولو كان لا يكون عليها عتق (إذا لم تأخذه ما كان عليها عتق)[٦٧] إذا أخذته ، لأنه قد كان لها عليه[٦٨] ملك يجب عليها اليمين فيه ـ وإن كان مضموناً ، فقد جرى فيه العتق وليس لها أن تبيعه ، وكذلك الذي يسلف في عبد فيحلف بالحرية ، ثم يحنث ، أنه ليس أن يبيع ويجبر على أخذه ويعتق عليه ؛ وقول أصبغ هو الذي يوجبه القياس والنظر ، لأن العبد المسلم فيه ليس المسلم فيه مالكاً له حتى يقبضه ، ولو حلف قبل أن يقبضه أنه ما يملك عبداً ، لما كان عليه حنث ؛ فوجب ألا يحنث فيه إذا حلف بالحرية ؛ وتفرقة ابن كنانة استحسان ، وقول ابن القاسم إغراق فيه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال سحنون في رجل قال لغلامه اذهب بهذا الكتاب فاجعله في يد فلان ـ وأنت حر ، فذهب فألفاه قد مات ، فوضعه في يده وهو ميت ، قال هو حر .

قال محمد بن رشد : إنما وجبت له الحرية بوصوله بالكتاب إليه دون توان ولا تفريط لا يجعله في يده ، إذ ليس الغرض جعله في يده ، إذ لو وجده حياً فوصل الكتاب إليه ـ ولم يجعله في يديه، لوجبت له الحرية ؛ وكذلك إذا وجده قد مات ، الحرية له واجبة ـ وإن وجده قد دفن فلم يجعله في يده ، إذ لا معنى لجعله في يده وهو ميت ، إلا أن يكون قد فرط في الوصول حتى مات ـ ولو لم يفرط لأدركه حياً ، فلا تجب له الحرية إن قال الحالف إنما أردت توصيل الكتاب إليه بعينه لغرض لي في ذلك ، ولو كان غرضه في الكتاب يتم له بتوصيله إلى ورثته ، لوجبت له الحرية ، وبالله التوفيق .

---

(٦٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٦٨) في ت (فيه) .

من نوازل أصبغ

سئل[٦٩] أصبغ عمن نذر عتق رقبة لله ، فأراد أن يعتق عبداً له في نذره ، فقال له إذا سافرت لي سفرتين إلى موضع كذا ، فأنت حر عن نذري ، أو إذا أخدمتني سنة فأنت حر عن نذري الذي جعلت لله علي ؛ قال لا أراها مجزية ، وأراها ناقصة ؛ قال ولو كان قال له[٧٠] أنت حر إلى يومين أو ثلاثة عن نذري ، وما يشبهه مما ليس فيه كبير خدمة ولا مؤنة ، رأيتها مجزية ، لأن هذا كالبتل ، وقال[٧١] أصبغ أرى الشهر كثيراً في العتق إلى أجل - يريد سيده انتزاع ماله إذا تدانا حلول عتقه بالشهر ينتزعه إن شاء ، وذلك أن الشهر في هذا ليس بمشرف على العتق ، والشهر يكون حدا من الحدود، فضلا في أنواع العلم ؛ من ذلك الذي يحلف لينتقلن ، فينتقل فيؤمر ألا يرجع حتى يقيم شهراً ، ومن ذلك الزكاة لا تقدم قبل الحول بشهر ، فكذلك هذا - عندي - له الانتزاع في الشهر، وأراه كثيراً ؛ وقد يجرح في مثل هذا فيكون جرحه للسيد ولا يكون له ، ويكون ذلك أمراً بيناً لا ريبة فيه من ظلم من قضاء ، ولو تقارب عتقه اليوم واليومين بجرح لا يشكل على أحدٍ أن يكون جرحه له ، ويقضي له به ؛ لأنه قد أوفى وأشرف على العتق كشروف المدبر بمرض سيده المرض المقرب للموت ، فاستدل بهذا وأشباهه ، والأول غير مشكوك ، والورثة مقام السيد لما يكون له وعليه .

---

(٦٩) في ت (وسئل) .

(٧٠) كلمة (له) ساقطة في ت .

(٧١) في ت (قال) .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ؛ لأنه إذا أعتقه بعد أن يسافر له سفرتين ، أو بعد أن يخدمه سنة ، فهو عتق مؤجل ؛ لا يجزئه عما نذر من العتق البتل؛ وأما إذا أعتقه إلى أيام يسيرة، أو ما أشبه ذلك من السفر إلى الموضع القريب ، فهو يجزئه كما قال ، لأنه في معنى البتل ؛ إذ لا كبير مؤنة على العبد في ذلك ، ورأى الشهر في ذلك كثيراً على قياس ما ذكره من انتزاع مال العبد المعتق إلى أجل من تقديم الزكاة قبل حلول حولها ، وما أشبه ذلك من الأشياء التي ذكرها ؛ وفي ذلك اختلاف ، ففي كتاب ابن المواز أن الشهر قليل إذا توافى حلول أجل عتق المعتق إلى أجل بالشهر ونحوه ، فليس له أن ينتزع مـاله مثله في كتاب ابن عبد الحكم ؛ وفي جواز تقديم الزكاة قبل حلول حولها اختلاف كثير ، قيل إنها لا تجزىء قبل الحول كالصلاة ، وقيل انها لا تجزىء إلا قبل الحول باليوم واليومين ، وقيل بالعشرة الأيام ونحوها ؛ وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، وقيل بالشهر ، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه من كتاب الزكاة ، وقيل الشهر والشهران ، وهو قول مالك في رواية زياد عنه ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن مريض دخل عليه غلامان له ، فقال لهما : أحدكما حر ، فخرجا ثم دخل أيضاً أحدهما مع غلام له آخر ، فقال لهما : أحدكما حر ، فمات الرجل ؛ قال أصبغ : الورثة بمثابته كما يكون له في حياته إن كان قوله هذا (في حياته)[٧٢] يوقعوا بين الأولين العتق على من شاءوا ، فإن أوقعوه على الذي لم يدخل ثانية ، جمع الآخر مع الذي دخل ثانية فأوقعوا العتق على من شاءوا منهما أيضاً ورق الآخر؛ وإن أوقعوا في أول على الداخل ثانية، بطل عتق الذي

---

(٧٢) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

كان معه أولاً ، وعتق الذي كان معه آخراً ، لأن التوقيع دار إليه وحده .

قال محمد بن رشد : سأله عن الذي يقول ذلك وهو مريض ثم يموت فلم يجب عليه ، وأجاب على من قال ذلك في حياته ـ أي في صحته ـ ثم مات على القول بأن الورثة يتنزلون[٧٣] منزلته في الاختيار إذا قال في صحته عبد من عبيدي حر ، وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال حسبما بيناه في رسم بَاعَ شاة من سماع عيسى من كتاب العتق ؛ والذي يأتي في هذه المسألة على قياس القول بأن العتق يجري فيهم بالحصص : أن يعتق من كل واحد من الثلاثة إلا عبد نصفه ، والذي يأتي فيهما على قياس القول بأن يعتق ثلثهم بالقرعة إن كانوا ثلاثة ، أو ربعهم إن كانوا أربعة ؛ أو نصفهما إن كانا اثنين ، أن يعرف قيمة كل واحد منهم ، فإن كان في التمثيل قيمة الذي دخل أولاً مع الذي تكرر دخوله عشرة ، وقيمة الذي دخل معه عشرون ، وقيمة الثالث الذي دخل آخراً مع الذي كان دخل مع الأول ثلاثون ، أسهم بين اللذين دخلا أولاً ، وقيمة أحدهما عشرة ، والثاني عشرون ، على ما نزلناه ؛ فإن خرج السهم منهما على الذي قيمته عشرون ، أعتق منه ثلاثة أرباعه بخمسة عشر ، لأنها هي نصف قيمتهما[٧٤] ، وإن خرج السهم منهما على الذي قيمته عشرة ، عتق كله ، وعتق من الآخر ربعه بخمسة تتمة نصف قيمتهما التي هي خمسة عشر ، ثم يرجع إلى الذي دخل آخراً وقيمته ثلاثون مع الذي كان دخل مع الأول وقيمته عشرون ، فيسهم بينهما أيضاً ، فإن خرج السهم على الذي قيمته عشرون، وهو الذي دخل ثانية، عتق باقيه، وعتق من الآخر سدسه ـ بخمسة تمام نصف قيمتهما ؛ وإن خرج السهم على الذي دخل آخراً ـ وقيمته ثلاثون ، عتق منه خمسة أسداسه بخمسة وعشرين التي هي نصف

---

(٧٣) في ت ق ٣ (ينزلون) .

(٧٤) في الأصل (قيمته) .

قيمتهما ؛ والذي يأتي فيها على قياس القول بأنه يعتق واحد منهم بالقرعة ـ قل عددهم أوكثر ، أن يقرع بين الأولين ، فيعتق من خرج السهم عليه منهما ثم يقرع على الذي دخل ثانية مع الذي دخل معه آخراً ، فإن خرجت القرعة على الثالث الذي لم يقرع عليه بعد ، أعتق ، وإن خرجت على الآخر الذي قد أقرع عليه ، أعتق إن كانت القرعة لم تخرج عليه أولاً ، وبقي الثالث وحده رقيقاً ؛ وإن كانت القرعة قد كانت خرجت عليه أولاً فأعتق ، لم يعتق سواه ؛ لأن القرعة خرجت عليه في المرتين جميعاً ؛ وهذا هو الحكم في الذي قال ذلك ـ وهو مريض ثم مات ولم يجب عليه ، لأن القرعة هو[٧٥] وجه الحكم في هذا في المرض والوصية بعد الموت ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن قال لغلامه إن جرحت فلاناً فأنت حر فيجرحهُ ، فقام المجروح يطلبه بجرحه ؛ قال يخير سيده ، فإن فداه بدية الجرح ، وإلا بيع فأخذ عقل جرحه ؛ فإن كان فيه فضل عن جرحه ، عتق ثم رجع ؛ فقال الأرش على السيد والعبد حر ؛ لأنه كان أمره بذلك على أن يحمل عنه الأرش .

قال محمد بن رشد : قوله فإن فداه بدية الجرح وإلا بيع ، معناه فإن فداه بدية الجرح أعتق ، وإلا بيع إلى آخر قوله ، والقول الذي رجع إليه من أن الأرش على السيد ـ والعبد حر مكانه ، هو الأظهر أنه لا يباع منه بقدر الجرح إلا أن لا يكون للسيد مال ، وبالله التوفيق .

---

(٧٥) في ت (هي) .

مسألة

وقال أصبغ الحجة في المعتقة إلى أجل[٧٦] لا توطأ ؛ لأن سيدها لا يقدر على أن يحدث فيها ما ينقص عتقها قبل الأجل ، وكذلك الكتابة ، وليس كذلك المدبرة ؛ لأنه يدخل على المدبرة من الدين ما ينقض عتقها بعد موته ؛ وأما أم الولد فإنه يعتقها وطؤه إياها وماؤه فيها ، فذلك لا يزول عنه[٧٧] إلا بموته .

قال محمد بن رشد : هذه تفاريق بينة بين هذه الوجوه لا إشكال فيها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وفيمن قيل له أعرض علينا جاريتك ، فقال يا فلان ادع فلانة هي حرة ، فلم تخرج وقال إنما أردت إن جاءت ؛ قال هو حانث ولا يقبل قوله إذا كانت عليه بينة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة ، قوله انه لا يقبل قوله صحيح إذا كانت عليه بينة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وعن رجل له عبدان ، فقال أحدكما حر ولا خيار لي فيكما ، على هذا أعتق أحدكما ؛ قال أصبغ هما حران جميعاً ، وأرى قوله لا خيار لي فيهما قطعاً للعبودية ، إلا أن تكون له نية تخرج إلى وجه .

---

(٧٦) في ت (لأجل) .

(٧٧) في ت (عنها) .

قال محمد بن رشد : قوله إلا أن تكون له نـية تخرج إلى وجه ، مثل أن يقول له إنما أردت أني لا أختار وإنما أعتق من خرج السهم عليه منكما ، إلى مثل أن يقول إنما لا اختار أحدكما وإنما أعتق نصف كل واحد منكما ؛ وادعاؤه الوجه الأول أظهر ، وهو مصدق فيما يدعيه من ذلك ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال أصبغ في الرجل يأذن لامرأته أن تحلف بحرية رقيقها في أمر ـ وحريتها أكثر من الثلث فتحلف ، ثم يريد أن يرد عليها ؛ قال أصبغ ذلك له ، وكذلك لو أن امرأة خطبها خاطب ، فحلفت بعتق رقيقها ألّا تتزوجه فعلم ذلك ، ثم أجابته وتزوجها على علم ، كان له الرد ايضاً إذا جاوز ذلك ما يجوز لها ، وليس تقدمه عليها بعد علمه حجة عليه ، وكذلك يقول أهل العلم .

قال محمد بن رشد : أما إذا أذن لها زوجها بالحلف ، فإنما قال ان له ان يرد عليها إذا حنث، لأن من حجته أن يقول إنما أذنت لها أن تحلف لتبر في يمينها ولا تحنث ، ولو علمت أنها تحنث ، لما أذنت لها أن تحلف ؛ وأما التي حلفت بعتق رقيقها ألّا تتزوج رجلاً ثم تزوجته ، فهي مسألة قد مضت في رسم أسلم من سماع عيسى ، والكلام عليها مستوفى ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل أصبغ عن الرجل يبيع أم ولده على ان يعتقها المشتري عتقاً يبتدئه بعد الاشتراء ، فاشتراها وأعتقها ، ثم علم السلطان بذلك ؛ قال يمضي عتق المشتري فيها ، ويكون ولاؤها لسيدها الذي باعها ؛ ولا أرى أن يرجع عليه المشتري من الثمن بشيء ، ولو

باعها منه بيعاً لم يشترط عـليه فيها عتقاً ، فأعتقها المشتري من قبل نفسه ، فإن السلطان يردها إلى سيدها أم ولد ، وينفسخ عتق المشتري ويرجع بالثمن .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه إذا اشتراها منه على ان يعتقها فليس بشراء ، وإنما أعطاه ما أعطاه على عتقها بمنزلة ما لو قال له خذ مني كذا وكذا وأعتق أم ولدك ؛ وأما إذا اشتراها منه بغير شرط العتق فأعتقها ، فهو شراء فاسد يجب فسخه وردها أم ولد إلى سيدها ـ وإن كان المشتري قد أعْتقها ، إذ لا يصح له فيما عتق ، لوجوب حريتها بولادتها من سيدها الذي باعها ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن رجل قتل وليه عمداً ـ وهو وارثه ـ وللمقتول موال ، فقال لا أرى أن يرث ولاءهم ، لأنه في الولاء والميراث متهم بتهمة واحدة ، وولاؤهم لأقعد الناس فيه بعده ، لأن الولاء ليس بنسب فلا يزول .

قال محمد بن رشد : لا أذكر لأحد من أصحاب مالك نص خلاف في هذا ، وفيه ـ عندي ـ نظر ؛ لأنه إنما يصح على قياس القول بأن الولاء يورث على المعتق ، كما يورث عنه ماله ؛ فيكون أحق بميراث مواليه ـ إذا ماتوا ، من ورث عنه ماله على ما قضى به ابن الزبير في أبي عمرو ذكوان مولى عائشة ، لأنه جعله لطلحة بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، ورآه أحق به من القاسم بـن محمد بن أبي بكر الصديق ، من أجل أن أباه عبد الله ورث عائشة دون القاسم ، لأن أباه عبد الرحمن كان أخا عائشة لأبيها وأمها ، وكان والد القاسم : محمد أخاها لأبيها دون أمها ؛ والذي يأتي في هذه المسألة على قياس ما عليه الجمهور وجماعة الفقهاء الأمصار ، أن

الولاء لا يورث عن المعتق وان احق الناس بميراث مولاه ، أقرب الناس به يوم مات المولى ، لا من ورث مولاه الذي أعتقه ، أن يكون ميراث مولى المقتول عمداً للقاتل إن كان أقرب الناس إلى المقتول يوم مات المولى ، إن كان بعد موت لا يمكن أن يحيى اليها المقتول لو لم يقتل ، لأنه إن مات في يده كان يمكن ان يحيى اليها المقتول ، اتهم القاتل في انه إنما قتله ليرث ماله ، وليرث مولاه إن مات ؛ وإذا مات بعد مدة لا يمكن ان يحيى اليها المقتول لو لم يقتل ، ارتفعت عنها التهمة في ذلك ، فكان له ميراثه ؛ لأنه إنما منع ميراث المقتول من أجل أنه اتهم على أنه إنما قتله ليرثه ، فكذلك المولى يحرم ميراثه في الموضع الذي يتهم فيه على انه إنما قتل مولاه ليرثه ، ولا يحرم اياه في الموضع الذي تنتفي عنه التهمة في ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في النصراني مات وترك[٧٨] امرأته حاملاً وترك أولاداً مسلمين وعصبة نصارى فولدت المرأة جارية فأقرها إخوتها على الإسلام وسموها باسم الاسلام ، وأسلمت الأم أيضاً ثم ماتت المولودة ؛ فقال يرثها إخوتها وأمها ؛ وتدفن في مقابر المسلمين ، ولا يرثها عصبة أبيها النصراني ؛ وهذا بين ، ألا ترى أن الرجل يشتري الصغيرة من السبي فيسلمها ويسميها باسم الإسلام ، ويجريها على ذلك وهي صغيرة ، فتكون مسلمة ويعمل فيها ما يعمل في المسلمة ؛ وهذا قول مالك وغيره من أهل العلم فاعرفه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنها إذا ولدت بعد موت ابيها النصراني وأقرها إخوتها على الإسلام ، وسموها باسم الإسلام ، وأسلمت الأم أيضاً ؛ أنه يحكم لها بحكم الإسلام في جميع الأحوال من الموارثة ، والصلاة

---

(٧٨) في ت ص (وترك) .

عليها ، والدفن في مقابر المسلمين ، وسائر ما يلزم في شريعة الإسلام ؛ بدليل قول النبي عليه الصلاة والسلام - كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه[٧٩] - الحديث يدل مجمله على عمومه ، على أنه إذا لم يكن له أبوان يهودانه أو ينصرانه ، فهو على ما ولد عليه من فطرة الإسلام ؛ وفي تأويل الحديث اختلاف كثير ، وقد اختلف في الصغير من السبي فقيل إنه يحكم له بحكم الإسلام بملك سيده إياه ، وقيل إنه لا يحكم له به حتى ينويه سيده ، وقيل إنه لا يحكم له به حتى يرتفع عن حِداثة الملك شيئاً ، ويزييه بزي الإسلام ، ويشرعه شرائعه ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، والذي ذهب إليه في هذه الرواية ؛وقد قيل إنه لا يحكم له بحكم الإسلام[٨٠]حتى يجيب إليه بعد أن يعقل،وقيل حتى يجيب إليه بعد أن يبلغ؛وقيل في هذا كله سواء سبي مع أبويه أو دونهما ، وقيل إنما هذا إذا سبى دون أبويه ، وأما إذا سبي معهما أو مع أحدهما ، فله حكم من سبي معه منهما ؛ وقيل إنما يراعى في ذلك الأب ، ولا يلتفت فيه إلى الأم - ما لم تفرق الأملاك بينهما ؛ وقيل إن له حكمهما أو حكم أحدهما - وإن فرقت الأملاك بينهما[٨١] ، فاستدلاله[٨٢] في الرواية بمسألة الصغيرة من السبي على المسألة التي سأله عنها مع ما فيها من الاختلاف الذي قد ذكرته ، إنما وجهه أنه إذا كان قد قيل في المسبية انه يحكم لها بحكم الإسلام بتسمية سيدها إياها باسم الإسلام وإجرائها على ذلك ، وهي قد ولدت في بيت[٨٣] الكفر على دين الكفر ، ثم سبيت مع أبويها ، فأحرى أن يقال ذلك في التي ولدت في بلد الإسلام بعد أن

---

(٧٩) اخرجه مالك في الموطأ ، وروي من طرق كثيرة في الصحيحين وغيرهما . انظر الزرقاني على الموطأ ٢/ ٨٧ .

(٨٠) من قوله (حتى يرتفع . . . بحكم الاسلام) ساقط في ت .

(٨١) في ص ق ٣ (بينهم) .

(٨٢) في ت (واستدلاله) .

(٨٣) في ت (بلاد) .

مات أبوها ثم أسلمت أمها ، فأقرها إخوتها على الإسلام وسموها باسمه ، فلا يدخل فيها الخلاف[٨٤] الذي في المسبية ، وبالله التوفيق .

مســألة

وفي رجل مات وترك امرأته حاملاً فولدت توأماً ، فشهدت امرأتان أن أحدهما استهل فلم تعرفاه ؛ قال أصبغ إن كان غلامين فله الميراث ، لأن ميراثهما واحد ، وان كان جاريتين فكذلك ، وإن كان غلاماً وجارية ، فهذا موضع شك ، وأخاف ألا يكون لهما شيء ؛ ولو كان له امرأتان فولدتا فشهدت امرأتان أن أحدهما استهل ولا يعرفانه ، فلا ميراث لواحد منهما ، لأنه قد اختلف الامهات والمواريث ، وليس يورث أحد بالشك .

قال محمد بن رشد : أما إذا كانا غلامين أو جاريتين ، فكما قال لا اشكال فيه ؛ وأما إذا كان غلاماً وجارية ، فقوله أخاف ألا يكون لهما شيء ، ليس بصحيح ؛ والواجب أنْ يجعل له ميراث أنثى الذي هو أدنى المرتبتين[٨٥] كما قال ابن القاسم في رسم أوصى من سماع(عيسى)[٨٦] من كتاب الشهادات إذا كان واحداً فشهد على استهلاله ولم يدر أن كان ذكراً أو أنثى ؛ وأمّا إذا كانت امرأتان فبين أنه لا ميراث لواحد منهما ، إذ لا يدرى من هي أم المستهل منهما التي يستحق ميراثه ، وبالله التوفيق .

---

(٨٤) في ت ق ٣ (الاختلاف) .

(٨٥) في ت ق ٣ (المنزلتين) .

(٨٦) لفظة (عيسى) ممحوة في الأصل ، اثبتناها من ت ق ٣ .

ومن كتاب المدنيين

قال وسألت ابن القاسم عن رجل أخبر بنفاس أمته ، وأخبر أنه غلام ، فقال هو حر عن أبيه ، فإذا هي جارية ؛ هل يجوز عتقها ؟ فقال لا يلزمه عتقها إلا أن يكون أراد ما وضعت حر فان لم يرد ذلك ، وإنما أراد أن يعتقه لأنه غلام ، فلا يلزمه عتقها ، ورواه أبو زيد .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، وهو مصدق فيما يذكره من أنه إنما أراد أن يعتقه ، لأنه غلام دون يمين تلزمه في ذلك ، لأن نيته مطابقة لما لفظ به ؛ وقد قال ابن أبي حازم في المدنية والمبسوطة إنه يعتق ، لأنه إنما أراد عتق ما وضعت وهو بعيد ، وبالله التوفيق .

ومن سماع محمد بن خالد

قال محمد بن خالد سألت ابن القاسم عن المكاتب يبيعه سيده فيعتقه الذي ابتاعه ، قال لا يرد عتقه ويمضي ذلك ؛ وقال ابن نافع يرد عتقه إذا باعه من قبل أن يعجز ويرجع رقيقاً ، ويرد إلى صاحبه على كتابته حتى يعجز أو يؤدي .

قال محمد بن رشد : هذا الاختلاف في المدونة ، وفيها قول ثالث لأشهب وسحنون ـ وهو الفرق بين أن يعلم المكاتب بالبيع أو لا يعلم ، لأنه إذا رضي بالبيع فقد رضي بتعجيز نفسه ؛ وهذا الذي تقتضيه الروايات بحملها على ظاهرها ، والأولى أن تحمل على ما سنذكره في سماع عيسى من كتاب المكاتب ـ إن شاء الله ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال ابن القاسم في المدبر يباع فيموت عند المبتاع ، ان الموت فوت ، ويرجع على البائع بما بين قيمته مدبراً وقيمته غير مدبر . وقال ابن نافع إذا فات عند المبتاع بموت او عتق ، لم يرجع على البائع لشيء ، قال محمد بن خالد وقول ابن نافع عندنا اقيس واحب الينا ـ والله اعلم بالصواب .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية في المدبر يباع فيموت عند المبتاع أنه يرجع على البائع بما بين قيمته مدبراً وقيمته غير مدبر ، معناه من الثمن الذي باعه به على حكم من اشترى عبداً فاطلع على عيب به بعد أن مات عنده ، وهذا إذا كان البائع دلس له به ـ ولم يعلمه انه مدبر ، ولو اشتراه منه وهو يعلم بتدبيره فمات عنده ، لم يكن له عليه رجوع ؛ وقول ابن القاسم هذا يحمل على التفسير لمذهبه في المدونة ، لأنه على اصله فيها اذ قال انه إذا حدث عند المبتاع له عيب يرده[٨٧] ، وما نقص العيب عنده على حكم البيع[٨٨] المردود بالعيب ، وإنما لم ير في المدونة للمشتري رجوعاً على البائع بقيمة عيب التدبير إذا مات عنده ، فقال ان المصيبة فيه من المشتري ، ويحبس البائع من الثمن قدر قيمته لو كان يحل بيعه على رجاء العتق له وخوف الرق عليه ، ويجعل الباقي في عتق ؛ لأنه إنما تكلم على أنه علم بالتدبير ـ والله أعلم ؛ فإذا علم بالتدبير ، لم يكن له رجوع على البائع بعيب التدبير ، ولزم البائع ان يجعل ما زاد الثمن الذي اخذ فيه على قيمته على الرجاء والخوف في المدبر ، وإذا لم يعلم المبتاع بالتدبير رجع على البائع بقيمة عيب التدبير على ما قاله في هذه الرواية ـ ولم يكن على البائع فيما

---

(٨٧) في الأصل (يرد) .

(٨٨) في ت (المبيع) .

بقي عنده من الثمن شيء ؛ وقول ابن نافع الذي اختاره محمد بن خالد انه لا رجوع له على البائع إذا فات عنده بموت او عيب ، وجهه أنه إذا فات عنده بموت في حياة السيد البائع له ، فقد تبين بطلان التدبير ، وإن ما كتبه من تدبيره اياه لم يضره وان عتق فقد صح البيع ، إذ لا يصح نقض البيع بعد ان اعتق ، إذ قد قيل انه يجوز بيعه إياه على أن يعتق ؛ فعلى قوله لا يجب على البائع ان يتمحى[89] في[90] شيء من الثمن إذا فات عند المبتاع بموت أو عتق ، وهو قول ابن القاسم من رواية عيسى عنه في المدنية ، وستأتي هذه المسألة في سماع اصبغ من كتاب المدبر ، فنزيدها فيه بياناً ـ إن شاء الله ، وبه التوفيق .

من سماع أبي زيد

وقال في رجل قال لعبدين له إن جئتما بمائتي دينار فأنتما حران ان رضيتما ، فقال أحدهما لا أرضى ، وقال الآخر أنا أدفع المائتين ؛ قال يكونان حرين وان كره احدهما ، ويتبع من أدى الذي لم يرض ان يكون (حراً)[91] .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة في الذي يكاتب عبده على نفسه وعلى عبد للسيد غائب ، ان الكتابة تلزم الغائب . وإن أباها ولم يرض بها ، وهو على القول بأن للسيد أن يجبر عبده على الكتابة ، إذ لا ضرر في ذلك عليه ، وهو أصل قد اختلف فيه قول مالك وابن القاسم ، والله الموفق .

---

(٨٩) تمحى من القوم : تحلل منهم : أي طلب منهم أن يمحو عنه ما جنى عليهم .
(٩٠) في ص ق ٣ (من) .
(٩١) كلمة (حرا) ساقطة في الأصل .

مسـألة

قال ابن القاسم إذا قال في عبد بينه وبين رجل نصيبي منك حر إلى آخرنا موتاً أنا أو شريكي ، وقال شريكه أيضاً هو حر ، إلى موت الآخر منا ، فمن مات أولاً فنصيبه من العبد حر من الثلث ، وخدم نصف ورثته إلى موت(٩٢) شريكه ،وإن قالا هو حر إلى موتنا ؛ فمن مات أولاً فنصيبه من العبد حر من الثلث ، ونصيب الباقي حر من رأس المال .

قال محمد بن رشد : اما قوله فمن مات أولاً أن نصيبه من العبد يكون حراً من الثلث ، ويخدم ثلثه إلى موت شريكه . وقوله وإن قالا هو حر إلى موتنا ـ يريد وكذلك إن قالا هو حر إلى موتنا ، إذ لا فرق بين اللفظين في المعنى . وأما قوله ونصيب(٩٣) الباقي من رأس المال ، فهو غلط ؛ لأن الحكم فيه أن يكون من الثلث،لأنه إنما يعتق بعد موته،هذا ما لا إشكال فيه، وإنما يكون حظ الآخر موتاً منهما من رأس المال ، إذا قال كل واحد منهما نصيبي حر إلى موت الأول منا ، فهذا هو الذي سبق اليه فأجاب عليه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وإن دبره إلى آخرهما موتاً ، فمن مات أولاً كان نصيبه حراً من الثلث يخدم ، حصة ورثة الميت ـ إلى موت الآخر ؛ فإذا مات الآخر كان حظه ايضاً حراً من الثلث .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، وكذلك العتق أيضاً

---

(٩٢) في الأصل (نصف شريكه) .

(٩٣) في الأصل (فنصيب) .

يكون حظ كل واحد منهما من الثلث على ما بيناه في المسألة التي فوقها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في امرأة قالت في جاريتها إن ولدت غلاماً فأنت حرة شكراً لله ، فولدت غلاماً ميتاً ؛ قال تعتق .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والكلام عليها في سماع أبي زيد من كتاب العتق قبل هذا ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل استعار من رجل عبداً في يوم لا يعمل فيه العبد لسيده شيئاً ، فقال هو اليوم حر ، يريد أن هذا اليوم لا يعمل لي فيه شيئاً ، إنه يحلف ما أراد عتقاً ولا يعتق عليه .

قال محمد بن رشد : قوله انه يحلف ما أراد عتقاً ولا يعتق عليه ، هو على القول بلحوق يمين التهمة ، إذ لا يصح أن يحقق عليه الدعوى في أنه أراد بذلك العتق ، لأن نيته لا سبيل إلى معرفتها الا من قبله ، وهي نية تدل على صدقه فيها ـ تخصيصه الحرية بذلك اليوم الذي لا يعمل له فيه شيئاً ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ولو أن عبداً شتم رجلاً فاستعدى عليه(٩٤) سيده ، فقال هو حر مثلك ، قال أراه حراً قد أعتقه .

---

(٩٤) كلمة (عليه) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن ظاهر قوله الحرية ، ولا يصدق أنه لم يرد بذلك[٩٥] الحرية ـ إن ادعى ذلك ، اذ ليس له سبب يدل على تصديقه كالمسألة التي قبلها ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال لو أن رجلاً ادعى قبل رجل عبداً فوجده قد أعتقه ، فقال له أعتقت عبدي ، قال قد والله فعلت ولم تكن بينة الا باقراره ، عتق العبد وغرم القيمة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن العتق يلزمه بعتقه إياه قبل أن يقربه المدعي ، وتلزمه القيمة للمدعي باقراره له به[٩٦] ولو قامت للمدعي بينة على أنه له ، لبطل العتق فيه ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في رجل هلك وترك ثلاثة أعبد ، فشهد وارث أن أباه أعتق أحد الثلاثة الأعبد ، فصار له عبد في الميراث ؛ قال أرى أن يسهم بينهم ، فان وقع عليه السهم عتق ، وإن لم يقع عليه السهم ، (عتق منه ثلثه)[٩٧] .

قال محمد بن رشد : معنى هذه المسألة أنه شهد أن أباه قال في مرضه : أحد هؤلاء الأعبد الثلاثة حر ، وكذلك لو شهد أنه قال ذلك في صحته على القول بأنه إن[٩٨] لم يختر حتى مات ، عتق واحد منهم بالقرعة ؛

---

(٩٥) كلمة (بذلك) ساقطة في الأصل .

(٩٦) جملة (له به) ساقطة في الأصل .

(٩٧) ما بين القوسين ساقط في ت ص .

(٩٨) لفظة (إن) ساقطة في الأصل .

ويأتي على القول بأن العتق يجري فيهم ـ أن يعتق عليه ثلثه ؛ وعلى القول بأن الورثة ينزلون منزلته في الاختيار ، لا يعتق على الشاهد هذا العبد الذي صار اليه من الأعبد الثلاثة بالميراث ، الا أن يختاره للعتق ؛ ولا اختلاف في المسألة ان كان قال ذلك في مرضه ، للاتفاق على أن الحكم في ذلك أن يعتق واحد منهم بالسهم ؛ ولو أشهد أنه أعتق واحداً منهم بعينه في صحته ، أو في مرضه ، والثلث يحمله ، ولا يدري من هو منهم ؛ لعتق عليه العبد الذي صار اليه منهم بالميراث ، على القول بوجوب الحكم بالعتق في الشك ، وقد مضى هذا في غير ما موضع ، والاختلاف في ذلك منصوص عليه في المدونة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له : أرأيت لو أن رجلاً أعتق وعليه دين للناس ، فقال الغرماء نحن نمضي عتقك ونطلبك ، إن رزقك الله يوماً ما من الدهر ؛ قال عتقه جائز : قيل له فإن سيد العبد يقول : لا أحب أن يكون علي دين فردوه ، قال لا يقبل قوله ، لأنه لو نظر في هذا (أول مرة لم يعتق ، أفلا نظر في هذا)[99] قبل أن يعتق .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا اشكال فيه ولا اختلاف ، لأن الحق في رد العتق انما هو للغرماء ، وأما هو فقد رضي إذا[100] أعتقه ـ أن تكون ديون الغرماء باقية في ذمته ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل سحنون عن رجل كان عليه لرجلين دين ، فذكر حق

(٩٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٠٠) في ت (إذ) .

واحد ، أو من حقوق مختلفة ـ والدين خمسون ديناراً ، وللغريم عبد قيمته خمسون ديناراً ولا مال له غيره ، فأعتقه الغريم ، فأجاز أحد الرجلين ، وأبى الآخر أن يجيز العتق قال يعتق نصف العبد ويباع نصفه للذي لم يجز ، ويكون دين الذي أجاز العتق في ذمة الغريم ـ كما كان إذا أفاد مالاً أخذه منه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا اشكال فيه ولا كلام ، اذ لا يلزم من لم يجز إجازة من أجازوا إن أدى ذلك الى تبعيض العتق ، وبالله التوفيق ..

مسألــة

قال أبو زيد : وسألت ابن وهب عن رجل قال غلامي حــر إن لم أبعه ، ثم قال بعد ذلك هو حر إن بعته ؛ قال : لا شيء عليه حتى يموت السيد فيعتق في ثلثه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن اليمين الأولى هو فيها على حنث يقدر على البر فيه طول حياته ، فإذا لم يفعل حتى مات ، علم أنه انما أراد أن يعتقه بعد موته ، فيعتق في ثلثه ، واليمين الثانية هو فيها على بر فلا تأثير لها في حكم اليمين الأولى ؛ فإن باعه عتق عليه باليمين الثانية ، ورد الثمن الى المبتاع على المشهور المعلوم في المذهب ؛ وإن لم يبعه حتى مات ، عتق عليه من ثلثه باليمين الأولى ، وهو على المشهور في المذهب من أن من حلف أن يفعل فعلاً ، تحمل يمينه على التأخير حتى يريد التعجيل ، وقد قيل إن يمينه تحمل على التعجيل حتى يريد التأخير ـ حسبما مضى القول فيه في سماع أبي زيد من كتاب العتق ، وفي غيرما موضع ؛ فعلى هذا القول يعجل عليه العتق باع أو لم يبع ؛ لأنه إن لم يبع ، عتق عليه باليمين الأولى ، وإن باع ، عتق عليه باليمين الثانية ، وهذا كله بين والحمد لله ..

مسألـــة

وسألت أشهب عن الرجل يقول لأمته ـ وهي حامل بين حملها ـ اذا وضعت فأنت حرة، ثم يموت السيد قبل أن تضع ؛ قال : إذا لم تضع حتى مات فلا عتق لها .

قال محمد بن رشد: قول أشهب هذا على أصله فيمن أعتق أو طلق إلى أجل قد لا يأتي وإن كان الأغلب منه أن يأتي، أنه بمنزلة من أعتق أو طلق الى أجل قد يأتي وقد لا يأتي،وإن كان الأغلب منه أنه لا يأتي، أو(١٠١) استوى الوجهان في ذلك لا يطلق عليه حتى يأتي الأجل ، ولا يعتق عليه حتى يأتي الأجل أيضاً : فإن أتى الأجل وهو صحيح ، كان حراً من رأس المال ؛ وإن أتى الأجل وهو مريض ، كان حراً من الثلث ؛ وإن لم يأت الأجل الا بعد موته ، لم يكن له عتق ، وقد روى مثله ابن وهب عن مالك ، خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك والمشهور في المذهب من أن حكم الأجل الذي الأغلب منه ان ما يأتي حكم الأجل الذي يعلم منه أنه يأتي ، يعجل الطلاق فيه ، كما يعجل على من طلق الى أجل معلوم ، ويكون من أعتق إليه وهو صحيح ، كمن أعتق الى أجل معلوم ، يكون العبد حراً الى ذلك الأجل من رأس المال ، سواء جاء الأجل والسيد صحيح أو مريض ، أو بعد أن مات ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال ابن القاسم لا ينقل الولاء من قبل الأب أبداً ؛ إنما ينتقل من قبل الأخ .

قال محمد بن رشد: هذا الكلام مشكل، ومعناه ـ والله أعلم ـ أن الولاء إذا وجب للأب لا ينتقل عنه إلى غيره ما دام حياً ، والأخ للأب قد

---

(١٠١) في ت (واستوى) .

يجب له الولاء فينتقل عنه وهو حي إلى أخ يولد لأبيه من أم أخيه الذي كان ورث الولاء عنه ، لأن الشقيق أولى بالولاء من الأخ للِأب ، لأن الولاء لا يورث عن الأب ويورث عن الأخ، لأنه يورث عن كل واحد منهما، هذا ما لا اختلاف فيه والحمد لله .

مسألـــة

وسئل ابن كنانة عمن يعتق على الرجل إذا ملكه من ذوي الأرحام ، فقال[١٠٢] الوالدان والأجداد والجدات الأربع ومن فوقهن من الأجداد ، والولد وولد الولد ، وبنو البنات .

قال محمد بن رشد : سكت عن الأخوة ، فظاهر قوله إنهم لا يعتقون على من ملكهم وهو مذهب الشافعي ، خلاف المعلوم من مذهب مالك وأصحابه ؛ وقد مضى في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق ، تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل ابن كنانة عن نصراني أعتقه مسلم ، لمن ميراثه ؟ فقال يرفع الى بيت المال ، إلا أن يكون له ذو رحم نصراني من عتاقه المسلمين فيرثه ، فإن لم يكونوا من عتاقه المسلمين ، لم يكن لهم ميراث وكان ميراثه لجميع المسلمين .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في آخر رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

---

(١٠٢) في ت (قال) .

مسألــة

قيل لأصبغ أرأيت أهل الملل من أهل الكفر ، هل يتوارثون بالنسب ، مثل أن يهلك اليهودي وله ابن نصراني ، أو ما[١٠٣] أشبه هذا من اختلاف أهل الأديان ؛ قال كان ابن القاسم يقول يتوارث أهل الملل ، ثم رجع فقال لا يتوارثون ، وقوله الأول أحب الينا .

قال محمد بن رشد : قوله الأول الذي اختار أصبغ هو الأظهر - إن تركوا على ما يدعونه من دينهم الذي عهدوا أن يقروا عليه ، وبالله تعالى التوفيق .

تم كتاب الولاء والحمد[١٠٤] للّه ، وصلى اللّه على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً أثيراً .

---

(١٠٣) في ت (وما أشبه) .

(١٠٤) في ت (بحمد الله وحسن عونه) - بإسقاط (وصلى الله . .) .

(كتاب الخدمة)[١]

من سماع ابن القاسم من كتاب الرطب باليابس

أخبرنا العتبي[٢] قال أخبرنا سحنون ، قال ابن القاسم وسئل عن رجل جعل لرجل خدمة غلامه سنة ، فقبضه يستعمله ؛ ثم أراد أن يبيعه منه قبل السنة ، أيصلح ذلك ؟ قال لا بأس به .

قال محمد بن رشد : إنما أجاز ذلك ، لأنه أنزل أمره على أنه رد عليه الخدمة ، واشترى منه الرقبة ؛ ولو أنزل أمره على أنه إنما باعه منه بعد انقضاء السنة على أن يبقى على ما كان له من اختدامه ـ الى انقضاء السنة ـ لما جاز ، فلا يبعد أن يحمل على البيع ؛ على هذا فلا يجوز[٣] إذا وقع على غير بيان ، ولو نص على أنه إنما يبيعه منه على أن يقبضه بالبيع بعد انقضاء السنة التي أخدمه إياها ، لما جاز باتفاق ؛ ولو أخدمه إياه سنة وجعل الرقبة بعد السنة لرجل آخر ، لما جاز للذي أخدم إياه أن يشتري الرقبة من الذي وهبت له قبْل انقضاء السنة ، إلا أن يكون لم يبق منها إلا ما يجوز لمن باع عبده أن يستثنيه من خدمته ـ وهو اليوم واليومان والثلاثة ، وبالله التوفيق .

---

(١) ما بين القوسين ساقط في الأصل ، اثبتناه من ت ق ٣ .

(٢) هكذا في سائر النسخ ، ولعل قوله : (أخبرنا العتبي) من زيادات بعض رواة العتبية ، وقد رواها عن المؤلف (أحمد العتبي) ـ جماعة.
انظر فهرسة ابن خير ص ٢٤١ ـ ٢٤٣ .

(٣) في ص ق ٣ (يحاز) .

مسألــة

قال وقال مالك من قال لغلامه قد تصدقت عليك بخراجك ، ثم أنت من بعد موتي حر ، فهو بمنزلة أم الولد ؛ فإن قال قد تصدقت عليك بخراجك ، فإنه يستخدمه ولا يضربه ؛ قال ابن القاسم وإن قال قد تصدقت عليك بعملك ، كان حراً مكانه ؛ وسئل عنها سحنون فقال العمل والخراج[4] والخدمة ـ عندي واحد ، فاذا قال الرجل لعبده قد تصدقت عليك بعملك، أو بخراجك، أو بخدمتك؛ فإن كان أراد ما عاش العبد فهو حر الساعة ، وإن كان ما عاش السيد ، فليس له منه الا حياة السيد فقط ولا يكون حراً .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي قال لغلامه قد تصدقت عليك بخراجك ، ثم أنت من بعد موتي حر ؛ إنه بمنزلة أم الولد ـ يريد في أنه لا يستخدمه طول حياته الا في القدر الذي تستخدم فيه أم الولد لا في العتق ؛ لأن أم الولد تعتق إذا مات سيدها ، من رأس ماله ، وهذا لا يعتق إلا من الثلث ، وكذلك في كتاب ابن المواز ، قال محمد : لأن هذا قد بين أنه لا يعتق الا بعد موته ، وأما إذا قال قد تصدقت عليك بخراجك ، ولم يقل ثم[5] أنت حر من بعد موتي ، فإنه يستخدمه كما يستخدم أم الولد حياته ، ولا عتق له من رأس المال ولا من الثلث ؛ بخلاف قوله قد تصدقت عليك بخدمتك أو بعملك ؛ فسوى[6] سحنون بين الخدمة والخراج والعمل ؛ ومثله لابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات[7] فقال إنه

---

(٤) في ت ق ٣ (الخراج والعمل) .
(٥) كلمة (ثم) ساقطة في الأصل .
(٦) في ت ق ٣ (وسوى) .
(٧) كلمة (والهبات) ساقطة في الأصل .

إن قال قد[٨] تصدقت عليك بخدمتك أو بخراجك ؛ أو بعملك ما عشت ، فأنت حر ، وإن قال ما عشت أنا ، فليس له من خدمته إلا ما عاش السيد ولا يكون حراً، وفي قول سحنون إنه إن كان أراد ما عاش العبد فهو حر الساعة ، وإن كان أراد ما عاش السيد ، فليس له منه الا حياة[٩] السيد ؛ دليل على أنه يصدق فيما يذكر[١٠] أنه نواه من ذلك دون يمين ؛ فإن قال لم يكن لي نية ، فالذي يوجبه النظر ، أن يحمل على حياة العبد ويكون حراً مكانه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال قال ابن القاسم وسمعت مالكاً قال من[١١] أعمر خادماً أو عبداً حياته ولا مال له، ثم أفاد مالاً أو ولد[١٢] له ولد؛ قال مالك ما ولد للأمة ، أو كان للعبد من ولد[١٣] من أمة يملكها ؛ فهو على مثابتها يخدمان المعمر حياته ، وما كان من مال فهو موقوف على أيديهما يأكلان منه ، ويكتسبان بالمعروف ، وليس للمعمر ولا للمعمر أن ينزعه منهما ، ما عاشا ، فاذا ماتا ورثهما سيدهما الذي يملك رقابهما ؛ وإن قتل العبد عمداً أو خطأ ، فان قتله لسيده مثل الميراث ؛ قال ابن القاسم وإن قتله سيده خطأ فلا شيء عليه ؛ وإن قتله عمداً ، كان عقله عليه في السنين التي أعمر ؛ فإن فضل فضل ، كان له ؛ قال عيسى بن دينار تفسيره : أن يغرم سيده القاتل

---

(٨) في ت (إن) .

(٩) في الأصل (ما عاش) .

(١٠) في ت (يذكره) .

(١١) في الأصل (ومن) .

(١٢) في ت (وولد) .

(١٣) جملة (من ولد) ساقطة في ت .

القيمة فتوقف للمعمر ، فيستأجر له منها من يخدمه مكانه ؛ فإن مات قبل أن يستنفد القيمة ، رجع ما بقي من قيمته إلى سيده ؛ قال سحنون وقد كان عبد الرحمان يقول يشتري بتلك القيمة عبداً مكانه ، وكذلك لو أخدمه أو أعمره أمة ثم عدا عليها فأحبلها صاحب الرقبة ، أن عليه أن يشتري أخرى مكانها .

قال محمد بن رشد : قد تكررت هذه المسألة على نصها في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ، ومضى الكلام عليها هناك(١٤) مستوفى ، فغنينا بذلك عن إعادته(١٥) ههنا(١٦) ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن رجل يخدم الرجل عبداً له سنة ثم هو حر ، فيريد العبد ان يشتري خدمته ممن أخدمه ، قال لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا إشكال فيه ، لأنها خدمة مؤقتة معلومة ، فله أن يبيعها ممن شاء ؛ فإن باعها من العبد كان حراً ، لأنه إذا ملك خدمته إلى الأجل الذي أعتق إليه بشراء أو هبة ، وجبت حريته ؛ ولو كانت الخدمة حياة المخدم ، لجاز للعبد أن يشتريها إذا كان مرجعه بعدها إلى الحرية ، لأنه يملك بذلك حريته ، ولم يجز لغيره أن يشتريها ـ لا السيد المخدم ولا سواه ؛ ولو كان المرجع بعد موت المخدم إلى السيد ، لجاز للسيد شراء الخدمة باتفاق . وللمخدم شراء الخدمة على اختلاف ،

---

(١٤) كلمة (هناك) ساقطة في ت .

(١٥) في ت (إعادتها) .

(١٦) في ت ق ٣ (هنا) .

وينـزل[١٧] ورثة كل واحد منهما منزلة موروثه فيما يجوز له من ذلك ؛ وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفًى في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ، فلا معنى لإعادتـه هنا ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب اغتسل على غير نية

قال ابن القاسم قال مالك من أخدم رجلاً خادماً سنين ثم هو حر ، ثم أراد بعد ذلك أن يـنزع[١٨] ماله فليس ذلك له ، قال عيسى قال لي ابن القاسم له أن ينتزع ماله إلا أن يتقارب ذلك أو يمرض ، وأنكر سحنون رواية عيسى عن ابن القاسم وخط[١٩] عليها .

قال محمد بن رشد : هذا الاختلاف جارٍ على الاختلاف في النفقة على المخدم ، هل تكون على المخدم أو على المخدم، وقد مضى بيان هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحـبس ، فلا معنى لإعادته،ومضى في رسم الأقضية من سماع يحيـى من كتاب النكاح ، الكلام على حكم انتزاع مال العبد في جميع الأموال ، فلا معنى لإعادته .

ومن سماع أشهب وابن نافع من مالك .

قال سحنون أخبرنا أشهب قال سئل مالك عن رجل أوصى لبعض من يرثه بخدمة غلام من غلمانه حتى يستغني عنه ثم هو حر ، فلما هلك الموصي قال من يرثه إنه لا تجوز وصية لوارث ، فدخلوا

(١٧) في ت (ويتنزل) .

(١٨) في ت ق ٣ (وينزع) .

(١٩) في ت (وحظ) .

معه في الخدمة وتعاصوا فيها ؛ فقال الذي أوصى له بالخدمة ، فأنا أضع له ما كان لي وهو إليها محتاج لم يستغن ؛ وقال الورثة إنما تريد اضرارنا وأن [٢٠] تقطع عنا ما لنا معك من الخدمة وهو لم يستغن عنه بعد ؛ قال مالك إنما يوضع عنه بقدر الذي كان نصيب الموصى له الأول والآخرون الذين معه على حقوقهم ؛ وإنما مثل ذلك مثل رجل أوصى لوارث بمائة دينار على غريم ، فلما هلك الموصي ثبتت له الوصية ، فلما عرف أن الورثة يدخلون معه وضعها للغريم [٢١] ، وأبى الورثة الذين دخلوا معه ذلك ، فإنما يوضع عنه حقه ، ومن بقي من الورثة على حقوقهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة لا إشكال فيها ، لأن الحرية إنما وجبت للعبد بعد حد استغناء الموصى له من الورثة بخدمته عن خدمته ، وكلهم اشراك في الخدمة ؛ إذ لا تجوز وصية لوارث ، إلا أن يجيزها الورثة ، فوجب ألَّا يعتق العبد قبل حد استغناء الموصى له من الورثة بخدمته عن خدمته إلا برضى جميع الورثة ، وللعبد حظ من ترك له منهم حظه من الخدمة ! أكان الموصى له أو غيره ، وكذلك الغريم إنما يكون له من الدَّين الذي عليه حظ من وضع له حظه منه كان الوصي له أو غيره ، وبالله التوفيق .

ومن سماع ابن دينار من ابن القاسم من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى قال ابن القاسم في رجل أوصى في جارية له أن

---

(٢٠) في الأصل (وإن) .

(٢١) في الأصل (الغريم) .

تخدم ابنه حتى يبلغ النكاح ، ثم تخير فإن اختارت العتق فهي حرة ، وأوصى مع ذلك بوصايا ـ والثلث لا يحمل ذلك كله ؛ قال تخير الجارية الساعة ، فإن اختارت العتق وكان الثلث لا يسعها ، برىء برقبتها فيعتق منها ما حمل الثلث ـ الساعة ، وسقطت عنه الخدمة وجميع الوصايا ، وان كان الثلث يسعها وفضلة ، إلا أن الثلث يضيق عن الوصايا ، فإن الوارث وأهل الوصايا يتحاصون في خدمة الجارية إلى الأجل ، وفيما فضل عن قيمتها من الثلث يتحاص أهل الوصايا في ذلك بوصاياهم ، ويحاص الابن بقيمة الخدمة إلى أن يبلغ النكاح ، فما فضل للاجنبيين أخذوه ، وما صار للوارث كان الورثة مخيرين إن شاءوا أمضوه ، وإن شاءوا دخلوا معه فيه فاقتسموه على فرائضهم ، فإذا بلغ الأجل ، فإن اختارت الجارية العتق أعتقت وسقطت الوصايا ، وان اختارت أن تباع بيعت ، وأتم لأهل الوصايا وصاياهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة على أصولهم ، فأنا أبين ما قد يشكل منها ، إذ لا اعتراض فيها ؛ لأن العتق مبدأ على جميع الوصايا والجارية مخيرة في العتق إلى أجل. فإذا اختارت العتق ولم يحملها الثلث ، وجب أن يعتق منها ما حمل الثلث معجلاً ، وسقط جميع الوصايا ! وان حملها الثلث، أو حملها وزيادة عليها ، كان الأمر فيها في المحاصة على ما قال ، فإن رجعت الجارية عند الأجل عن اختيار العتق وأحبت البيع ، بيعت وأتم لأهل الوصايا وصاياهم ـ كما قال ـ إن كان في ثمنها وفاد بما بقي من وصاياهم ؛ وان لم يكن فيه وفاء بذلك تحاصوا فيه بما بقي من وصاياهم ، يضرب كل واحد منهم فيه بما بقي له من وصيته ، ويدخل الورثة (فيه)[٢٢]

---

(٢٢) كلمة (فيه) ساقطة في الأصل .

معهم ، فيضربون فيه بما انتقصوهم في المحاصة أولاً ؛ مثال ذلك أن يكون أوصى لرجل بعشرة ، ولرجل بعشرين ، ولابنه بخدمة الجارية حتى يبلغ النكاح ـ وقيمتها ثلاثون ، (وقيمة الخدمة ثلاثون)[٢٣] وترك من المال تسعين ؛ فاختارت[٢٤] الجارية العتق ، فالثلث على هذا أربعون ، لأن الميت ترك تسعين ـ والجارية وقيمتها ثلاثون ، فتوقف الجارية من الثلث بثلاثين ، ويبقى منه بعدها عشرة ، فيتحاص في هذه العشرة وفي الخدمة التي قيمتها ثلاثون أهل الوصايا ، وللأبن الموصى له بالخدمة أو جميع الورثة إن لم يجيزوا له الوصية ، فيضرب فيهما الورثة بثلاثين والموصى له بعشرين ، والموصى له بعشرة ، بعشرة ؛ فيحصل للورثة نصف جميع الخدمة ، ونصف العشرة ؛ ويحصل للموصى له بالعشرين[٢٥] ثلث الخدمة بعشرة ، وثلث العشرة ثلاثة وثلث ؛ وللموصى له بعشرة سدس الخدمة بخمسة[٢٦] وسدس العشرة بواحد وثلثين ؛ فيكون كل واحد منهم قد استوفى ثلثي ما أوصى له به ، وبقي له من وصيته الثلث ، وتعتق الجارية عند انقضاء الخدمة على ما اختارته ، فإن رجعت عما كانت اختارته من العتق واحبت البيع بيعت ، فإن بيعت بثلاثين أو بأكثر من ذلك أتم من العشرين منها ـ وصايا أهل الوصايا ، لأن الذي بقي لكل واحد منهم من وصيته ثلثها ، ومبلغ الجميع عشرون ، فيأخذ الورثة عشرة ، لأنها ثلث وصيتهم الباقي لهم ، ويأخذ الموصى لهما ـ العشرة الباقية ؛ لأنها ثلث وصيتهما الباقي لهما ، فيقتسمانها بينهما أثلاثاً على قدر وصاياهما ، وترجع العشرة الباقية من ثمن الجارية ميراثاً بين جميع الورثة ، إذ قد استوفى جميع الموصى لهم وصاياهم ، وان بيعت الجارية بأقل من عشرين ، تحاص الورثة والموصى لهما في ذلك بما بقي من وصاياهم وذلك ثلثها، عشرة للورثة ،

---

(٢٣) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢٤) في ت (فإن اخترت) .

(٢٥) في ت (بعشرين) .

(٢٦) كلمة (بخمسة) ساقطة في الأصل .

وعشرة للموصى لهما : ثلاثة ، وثلث للواحد ، وستة وثلثان للآخر ، فإن كانت الجارية بيعت باثني عشر ، أخذ منهـا الورثة ستة ، فاقتسموها بينهم على الميراث إن لم يجيزوها للأبن ،وأخذ منها الموصى له بعشرين ـ أربعة ، والموصى له بعشرة ـ اثنين ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العرية[٢٧]

وسألت ابن القاسم عن رجل يقول لعبده أخدم فلاناً عشر سنين ، ثم فلاناً بعده عشرة أخرى ، ثم أنت حر ؛ فيجني على رجل في خدمة الأول ، فيقال للمخدم الأول أتفديه بجنايته ؟ فإن افتداه اختدمه بقية السنين ، ثم أخذه المخدم الآخر بلا غرم ، فاختدمه أيضاً عشر سنين ؛ فإن أبى المخدم الأول أن يفتديه ، أسلمه الى المجني عليه فاختدمه وقاصه بخدمته في دية جرحه ، فإن أدى دية جرحه قبل انقضاء العشر سنين ، رجع الى المخدم الأول يخدمه بقية العشر سنين ، فإن انقضت العشر سنين قبل أن يستوفي دية جرحه ، قيل للمخدم الأخير : أتفديه ببقية دية الجرح ؟ فإن فداه ، أخذه فاختدمه ؛ وإن أبى ، اختدمه المجروح ؛ فإن أدى ما بقي عليه من دية الجرح قبل انقضاء العشر سنين ، رجع أيضاً الى المخدم الآخر فاختدمه بقية العشر سنين ؛ فإن انقضت العشر سنين قبل أن يؤدي دية الجرح ، عتق وكان ما بقي من دية الجرح ديناً يتبع به ؛ قال وسبيله في هذا[٢٨] سبيل المدبر ، والمعتق الى أجل ـ اذا جنى

---

(٢٧) في ت (العارية) .

(٢٨) جملة (في هذا) ساقطة في ت .

أحدهما على رجل ، وفي رواية سحنون قال ابن القاسم ويقال للمخدم الأول أن قيمة هذه الجناية واختدم العبد سنينك ، فإن فعل ، اختدمه ؛ فإذا انقضت السنة ، قيل للمخدم الثاني ، أدِّ الى الأول جميع ما أدى واختدمه سنتك ؛ فإن أبى الأول أن يفتديه ، قيل للثاني أد الى المجروح عقل جرحه واختدمه سنتك فقط ، ثم يخرج حراً ؛ وليس له أن يقول اختدمه سنتي وسنة المخدم الأول ، فإن أبى ، أسلمه الى المجروح يختدمه[٢٩] سنتين ، فإن كان فيها وفاء ، والا اتبع العبد مما بقي من جنايته ديناً في ذمته ، وعتق العبد بعد سنتين .

قال محمد بن رشد: الاختلاف في هذه المسألة جارٍ على الاختلاف في مسألة العبد الموصى بخدمته لرجل ، وبرقبته لآخر ، يجني جناية ، الواقعة في كتاب جنايات العبيد من المدونة[٣٠] ، وقد اختلف فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها أن الحق في الافتكاك لصاحب الخدمة ، من أجل أنه هو المقدم بها على صاحب الرقبة ، فهو المبدأ بالتخيير بين الافتكاك والإسلام[٣١] . والثاني أن الحق في ذلك لصاحب الرقبة الذي المرجع إليه وهو المبدأ بالتخيير . والثالث أن الحق في ذلك لصاحب الرقبة أيضاً الذي المرجع أيضاً إليه ، إلا أنه يبدأ صاحب الخدمة بالتخيير ، من أجل أنه هو المقدم بها على صاحب الرقبة ؛ فهذه الثلاثة الأقوال كلها تدخل في هذه المسألة ، لأن المخدم الأول في هذه المسألة مقدم على المخدم الثاني ، كما أن المخدم الأول في مسألة المدونة مقدم على صاحب الرقبة ؛ ورواية عيسى عن ابن القاسم هذه قول رابع في المسألة ، وهو على قياس القول بأن الحق في

(٢٩) في ت (بخدمته فيها) - بزيادة (فيها) .
(٣٠) انظر م - ج ١٦ : ٣٤٥ - ٣٤٦ .
(٣١) في ص ق ٣ (أو الإسلام) .

الافتكاك لصاحب الخدمة ، وهو المبدأ بالتخيير بين الافتكاك والاسلام يدخل أيضاً في مسألة المدونة ؛ فيتحصل في كل واحدة من المسألتين أربعة أقوال أحد الأقوال في هذه المسألة رواية عيسى المذكورة أنه إن افتداه المخدم الأول اختدمه بقية السنين ، ثم أخذه المخدم الثاني بلا غرم فاختدمه أيضاً عشر سنين ، كما قال في مسألة المدونة على القول بأن المبدأ بالتخيير صاحب الخدمة أنه إن افتكه خدمه إلى الأجل ، ثم أسلمه إلى الذي بتل له ولم يكن عليه قليل ولا كثير ؛ وأما قوله في رواية عيسى هذه : فإن أبى المخدم أن يفتديه أسلمه الى المجني عليه ، فاختدمه وقاصه بخدمته في دية جرحه ، فإن أدى دية جرحه قبل انقضاء العشر سنين ، رجع الى المخدم الأول يختدمه بقية العشر سنين الى آخر قوله ؛ فهو خلاف لما في المدونة ، والذي يأتي في هذه المسألة على قياس قوله في المدونة إن أبى المخدم الأول أن يفتديه وأسلمه ، أن يسقط حقه ويكون المخدم الثاني بالخيار بين أن يفتكه أو يسلمه ؛ فإن أفتكه اختدمه سنة ففط ، وإن أسلمه اختدمه المجروح ؛ فإن استوفى منه دية جرحه قبل انقضاء (العشرين عاماً، عتق واتبعه بما بقي من جنايته - ديناً ثابتاً في ذمته ، وهذا هو القول الثاني في هذه المسألة ؛ ويأتي في مسألة المدونة على قياس قوله في هذه الرواية ، إن أبى المخدم أن يفتك وأن يختدمه المجني عليه ، وفاصه بخدمته في حياته، فإن استوفاها قبل انقضاء)[٣٢] أجل الخدمة، كان لصاحب الرقبة ؛ وإن انقضى أجل الخدمة قبل أن يستوفي دية جرحه ، كان صاحب الرقبة بالخيار بين أن يفتكه بما بقي من دية جرحه ، أو يسلمه اليه عبداً . والقول الثالث في هذه المسألة رواية سحنون عن ابن القاسم ، وهي تأتي على قياس القول الذي اختاره سحنون في المدونة وقال فيه إن[٣٣] أحسن قوله مما جمعه عليه غيره من كبار أصحاب مالك ، فإن الحق في الافتكاك

(٣٢) ما بين القوسين - وهو نحو ثلاثة أسطر - ساقط في الأصل .

(٣٣) في ت (أنه) .

للذي اليه مرجع الرقبة ، إلا أن المبدأ بالتخيير صاحب الخدمة ، يدل على ذلك قوله في أول المسألة ، قال ابن القاسم ويقال للمخدم الأول أد قيمة هذه الجناية واختدم العبد سنتك ، لأن قوله ويقال بالواو ، دليل على أن قوله ويقال معطوف على كلام محذوف ، سكت عنه للعلم به وهو أن الحق في ذلك للمخدم الثاني ، من أجل أن المرجع إليه ويخير الأول ابتداء على ما قال من أجل أن العبد بيده ، وهو مقدم في الاختدام على ما قال الى آخر قوله .
والقول الرابع في هذه المسألة ، يأتي على قياس القول بأن الحق في الافتكاك الى صاحب المرجع - وهو المخدم الثاني ، أو صاحب الرقبة - وهو مبدأ بالتخيير ؛ فإن افتكه اختدمه الأول ، فإذا انقضت سنوه رجع الى المخدم الثاني الذي فكه فيختدمه ؛ فاذا انقضت سنوه ، أعتق ؛ وإن أسلمه ، قيل للمخدم الأول إن أحببت أن تفتكه فافتكه ، فإن افتكه[٣٤] خدمه ، فإن انقضت سنوه لم يكن للمخدم الثاني إليه سبيل ، إلا أن يدفع إليه ما افتكه به ؛ فإن أبى من ذلك ، كان أحق به يختدمه سني المخدم الثاني ؛ ويأتي على قياس رواية عيسى أنه إن أبى المخدم الثاني أن يفتديه وأسلمه ، اختدمه المجروح ويقاصه بخدمته في دية جرحه ؛ فإن استوفى دية جرحه قبل أن تنقضي سنو المخدم الأول ، اختدمه المخدم الأول بقية سنيه ، ثم استخدمه المخدم الثاني سنيه في عتق[٣٥] وإن لم يستوف دية جرحه حتى مضت سنو الأول وبعض سني الثاني استخدمه الثاني بقية سنيه ثم عتق ، وإن انقضت سنو الثاني أيضاً قبل أن يستوفي دية جرحه ، عتق واتبعه بما بقي من دية جرحه ديناً ثابتاً في ذمته ؛ وهذا هو[٣٦] القول الخامس ، وقوله إلى المجني عليه إذا أسلم اليه أنه يختدمه ويقاصه بخدمته في دية جرحه ؛ معناه أنه يؤاجر من غيره وتدفع إليه إجارته في دية جرحه ، وإن اختدَمه هو ، فلا يدفع اليه على شرط المقاصة ؛ لأنه يدخله

(٣٤) جملة (فإن افتكه) ساقطة في الأصل .
(٣٥) جملة (ثم عتق) ساقطة في الأصل .
(٣٦) كلمة (هو) ساقطة في ت .

فسخ الدين في الدين ، ولكنه يؤاجر منه ؛ فإذا[٣٧] اجتمع قبله من إجارته شيء ، قضى به في[٣٨] ماله من دية جرحه ؛ وقد مضى في سماع أصبغ من كتاب الحبس نظير هذه المسألة والكلام عليها ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن رجل يخدم عبده الرجل عشر سنين ثم هو حر ، هل للعبد أن يعتق عبده بغير إذن سيده ؟ أو هل للسيد أن يأذن له في ذلك بغير إذن المخدم ؟ قال لا يجوز للعبد عتق إلا برضى سيده ورضى المخدم ، فإن أذنا جميعاً فأعتق[٣٩] ، كان ولاؤه لسيده ، ولم يرجع ولاء ذلك العبد إلى العبد المعتق إلى الأجل ـ وإن أعتق ؛ لأنه لو رضي المخدم أن يأخذ السيد ماله ، جاز له ولم يكن للعبد فيه حجة ، إلّا أن يتقارب أجل عتقه .

قال محمد بن رشد : هذا على القول بأنه ليس لسيد العبد المخدَم أن ينتزع ماله إلا برضى المخدم ، وقد مضى الاختلاف في ذلك ، والقول فيه في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب استأذن سيده

وسألته عن رجل أوصى بخدمة عبدين له لرجلين إلى أجل ، ثم هما حران ، لكل رجل عبد وهما أجنبيان وأجنبي ووارث ، فلم يحملهما الثلث ؛ قال تسقط الخدمة عنهما ويعتقان بالسهم .

---

(٣٧) في ت (فإن) .
(٣٨) في ت (خص له فيما له) .
(٣٩) في ت (فعتق) .

قال محمد بن رشد : قوله يعتقان بالسهم ، يريد يعتق ما حمل الثلث منهما بالسهم خرج فيه بعض أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر ، لأن وجه العمل في ذلك ، أن يقوم كل واحد منهما ثم يسهم بينهما ، فان كان قيمة أحدهما ثلاثين ، والثاني ستين ، والثالث أربعين ؛ فإن خرج السهم على الذي قيمته ستون ، عتق منه ثلثاه ورق الآخر ، وان خرج على الذي قيمته ثلاثون عتق ، وعتق من الآخر سدسه بقيمة الثلث ؛ وهذا هو المعلوم من مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها ـ أن القرعة تكون في الموصى بعتقهم ، وفي المبتلين في المرض ؛ وقد وقع في رسم الوصايا من سماع أصبغ بعد هذا في الموصى بعتقهم الى أجل أنهم يتحاصون إذا بعدت الآجال ، وإن كان بعضها أبعد من بعض ، فيحتمل أن يكون ذلك اختلافاً من قوله ، ويحتمل أن يتأول ذلك على أنه انما أراد الابتداء بمن قرب أجل عتقه على من بعد إذا كانا بعيدين جميعاً ؛ فعبر على الاستهام بالمحاصات[٤٠] ، لأنه اذا أسهم بينهما فلم يبدأ أحدهما على صاحبه ، وقوله ان الخدمة تسقط إذا لم يحملها الثلث ، صحيح لا اختلاف فيه ؛ لأن العتق يبدأ عند ضيق الثلث على ما سواه من الوصايا ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يوصي لمكاتبه

وسألت ابن القاسم عن العبد يكون بين الرجلين فيخدم أحدهما نصيبه رجلاً سنة ، ثم يعتق نصيبه ذلك المخدم ، أيقوم[٤١] عليه نصيب صاحبه ؟ قال لا عتق له فيه حتى تتم السنة ، وحدوده وشهادته شهادة عبد ؛ فإذا انقضت السنة ، عتق عليه نصيبه ، وقوم

---

(٤٠) في ت (بالمحاصة) .

(٤١) في ت (أو يقوم) .

نصيب صاحبه عليه ؛ قلت ولا يؤخذ منه[٤٢] نصيب صاحبه فيوقف الى السنة خوفاً أن تأتي السنة وهو معدم ، قال إن كان يخاف على ماله توى[٤٣] قبل السنة أخذت منه قيمة نصيب صاحبه ووقفت ، وإن كانت له أموال مأمونة من دور وأرضين ، أو كان ملياً لم يؤخذ منه شيء حتى تأتي السنة ؛ قلت : أرأيت لو أنه أخدم نصيبه سنة فلم يحدث فيه عتقاً ، فأعتق صاحبه الذي لم يخدم نصيبه ؛ أيقوم عليه نصيب هذا المخدم الساعة؟ قال: لا يقوم عليه نصيب صاحبه المخدم حتى تأتي السنة ، ولكن إن كان يخاف عليه عدم ، أو ذهاب ما في يديه ، أخرجت القيمة من يديه ووقفت إلى الأجل ، فإذا حل الأجل ، قومت عليه .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أخدم نصيبه من العبد رجلاً سنة ثم أعتقه ، أنه لا عتق له[٤٤] فيه حتى تتم سنة ـ صحيح ، مثل ما في المدونة وغيرها ، ولا اختلاف فيه إذ ليس له أن يبطل ما وجب للمخدم فيه بعتقه إياه ، ومعنى ذلك ـ عندي ـ إذا كان المخدم قد قبضه ، وأما إذا كان لم يقبضه حتى أعتقه ، فيعجل العتق والتقويم[٤٥] ويبطل الاخدام على المشهور في المذهب المنصوص عليه في المدونة وغيرها من أن الرجل إذا تصدق على رجل بعبد ثم أعتقه قبل أن يقبضه المتصدق عليه ، إن العتق ينفذ ، والصدقة تبطل ؛ وقد مضى الكلام على هذا مستوفى في سماع محمد بن خالد من كتاب الصدقات . وأما قوله فإذا انقضت السنة قوم عليه ، ففيه اختلاف : قيل إنه يعجل عليه تقويمه ويكون كله حراً إلى ذلك الأجل الا أن يشاء أن يعتق نصيبه

---

(٤٢) في ت (قيمة نصيبه) ـ بزيادة (قيمة) .

(٤٣) تَوِيَ المال تَوَى : هلك .

(٤٤) في ت (عليه) .

(٤٥) في ت (بالتقويم) .

منه الى ذلك الأجل ـ وهو مذهبه في المدونة ، وقيل إن الشريك مخير بين أن يقومه عليه الآن ، وبين أن يتماسك بحظه حتى يحل الأجل فيقومه عليه عند حلوله ؛ وقد مضى هذا مع زيادة بيان فيه في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العتق ، وأما إذا أعتق الشريك الذي لم يخدم نصيبه منه ، فقوله انه لا يقوم عليه نصيب صاحبه المخدم حتى تأتي السنة صحيح لا اختلاف فيه ، لأن في تعجيل تقويمه عليه إبطالاً لخدمة المخدم فيه فليست كمسألة رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الحبس ، فلا يدخلها من الاختلاف شيء مما دخل فيها ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسألته عن الذي أوصى بثلث ماله لرجل ، ولآخر بخدمة عبده ، ما عاش ثم هو حر ، وكان العبد هو الثلث(٤٦) ، أو كان الثلث أكثر من العبد ؛ قال : إذا كان العبد هو الثلث بعينه ، قلنا : كم ثمن العبد حين خرج من الثلث ، قيل مائة دينار ، قلنا فهذا ثلثه ، قلنا بكم(٤٧) ثمن خدمة هذا العبد ما عاش هذا الموصى له بالخدمة ؟ قيل خمسون ، قلنا فهذه مائة وخمسون ، فيكون لصاحب المائة ثلثا الخدمة ، ويكون لصاحب الخمسين ثلثها إلى الأجل ، ثم يعتق ، وإن كان الثلث أكثر من ثمن العبد بخمسين ديناراً ، والمسألة كما هي ، فالوصية مائتا دينار بقيمة العبد ، فللذي أوصى له بالثلث أن يحاص بخمسين ومائة دينار ، وصاحب الخدمة بخمسين ، لأن قيمة الخدمة خمسون ، فقد صار الآن الذي يتحاص فيه هؤلاء مائة

---

(٤٦) في ت (الثلث بعينه) ـ بزيادة (بعينه) .

(٤٧) في ت (كم) .

دينار ، الخمسون الناض ، والخمسون قيمة الخدمة ، فللذي أوصى له بالثلث ثلاثة أرباع هذه المائة ، وللذي أوصى له بالخدمة ربعها ، فيعطي كل رجل وصيته في الذي أوصى له فيه ، فيعطي الخمسين الناضة الذي أوصى له بالثلث خالصاً ، ويرجع الى الخدمة فيكون له نصفها ، وللموصى له بالخدمة نصفها ؛ وكذلك أيضاً لو أوصى لرجل بمائة دينار ، ولآخر بخدمة عبده ـ ما عاش ثم هو حر ؛ كان العمل فيها على ما فسرت لك ، قطع لكل انسان وصيته في الشيء الذي أوصى له به ؛ وقد اختلف قول مالك فيها : فمرة كان يقول اذا كانت الوصية أكثر من الثلث وضعت وصيته في جميع مال الميت ، ومرة كان يقول يقطع لصاحبها مبلغ الثلث في ذلك الشيء بعينه ، وهو قول ابن كنانة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة المعنى لا اشكال فيها ولا اختلاف ، الا في قوله إنه يقطع للذي أوصى له بخدمة العبد إذا لم يحملها الثلث بما حمل منها في الخدمة ، وأن قول مالك اختلف في ذلك ؛ فإنه خلاف لما يأتي في سماع موسى ، ولما في المدونة ، أيضاً ؛ لأنه إنما ذكر فيها اختلاف مالك إذا أوصي له بشيء بعينه فلم يحمل ذلك الثلث ، وأما إذا أوصى له بخدمة أو بسكنى ، فقال إ نه لا يقطع له في ذلك وتكون وصية شائعة في ثلث[٤٨] جميع مال الميت، وانه قول مالك والرواة كلهم لا اختلاف بينهم فيه ؛ وقد بان بهذه الرواية اختلاف في ذلك ، ويتفصل فيه ثلاثة أقوال ، أحدها أنه يقطع له في الشيء الذي أوصى له به ـ كان خدمة أو رقبة . والثاني أنه لا يقطع له بما حمل الثلث في ذلك ، وتكون له وصية شائعة في جميع الثلث كانت وصية بخدمة أو برقبة[٤٩] . والثالث الفرق في ذلك بين أن يوصي

---

(٤٨) كلمة (ثلث) ـ ساقطة في الأصل .

(٤٩) في ت (رقبة) .

له بالخدمة، أو بالرقبة ؛ ولو كان الثلث أقل من قيمة العبد ، لكان الورثة بالخيار بين أن يجيزوا الوصية ، وبين أن يعتقوا من العبد ما حمل الثلث منه بتلا ، وتبطل الوصية بالخدمة والمال ؛ لأن العتق مبدأ على الوصايا ، هذا قوله في المدونة وزاد فيها وهذا عليه(٥٠) أكثر الروايات ، وفي هذه الزيادة دليل على أن في ذلك اختلافاً ، والخلاف فيه محتمل ، لأن الذي يوجبه القياس والنظر ، أن يعتق منه ما حمل الثلث بعد موت الذي أوصى له بخدمته ما عاش ، ويتحاص فيما قابل ما يعتق من الخدمة الموصى له بالخدمة والموصى له بالثلث ، لأن الموصي قد بدأ الخدمة على العتق ، فوجب أن يبدأ في البعض الذي حمل منه الثلث ، كما يبدأ في الجميع اذا حمله الثلث ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب الى أجل

وقال في رجل أخدم رجلاً نصف عبد له حياته ، ثم عتق النصف الباقي ، قال يقوم عليه ويخرج العبد حراً ، ويؤخذ من السيد نصف القيمة ، فيستأجر للمخدم(٥١) منها من يخدمه ، فإن هلك العبد وقد بقي من المال شيء ، رجع ما بقي إلى السيد الذي أعتق عليه ، وإن هلك المخدم وقد بقي من المال شيء رجع أيضاً إلى السيد الذي أعتق عليه ، وذلك إذا كانت الخدمة إلى حياة المخدم ، وإن استنفد المخدم نصف القيمة قبل أن يموت ، فلا حق على السيد الذي أعتق .

---

(٥٠) كلمة (عليه) ساقطة في الأصل .

(٥١) في ت (المخدم) .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على قياس قوله في أمهات الأولاد من المدونة في الذي يخدم جاريته رجلاً ثم يطؤها فيولدها ، والاختلاف في تلك ، هل تؤخذ منه أمة تخدم مكانها ، أو يستأجر له من القيمة من يخدم مكانها ـ داخل في هذه ، فقد قال إنه يؤخذ منه القيمة فيشتري بها نصف عبد يكون مكان المعتق ، ولكن الاستئجار بالقيمة أولى وأصوب ؛ لأن العبد إذا اشترى خشي عليه الهلاك ، فإن لم يكن له مال يقوم عليه فيه ، بقي على حاله يخدم الرجل إلى وقت الخدمة ، ثم يعتق بقيته كله إن بلغ الأجل وسيده حي ، وإن مات السيد قبل بلوغ الأجل ، كان النصف الذي كان أعتقه عتيقاً ، والنصف الباقي رقيقاً ، إلا أن يكون قد رفع ذلك إلى السلطان في حياة السيد ، فحكم بانفاذ العتق إلى انقضاء وقت الخدمة ، فينفذ ذلك من حكمه ويكون عتيقاً كله من رأس المال ، وقد ذهب بعض أهل النظر إلى أن هذه المسألة يعارضها ما تقدم في رسم يوصي ، وما في المدونة وغيرها من ان من أخدم جاريته رجلاً ثم أعتقها ، أنها[٥٢] لا تعتق عليه بعد انقضاء الخدمة ، وليس ذلك بصحيح ، والفرق بين المسألتين بين وهو أنه أعتق في هذه المسألة نصف عبده الذي لا إخدَام فيه ، ففعل من ذلك ما يجوز له ، والمسألة التي عارضها بها فعل[٥٣] سيد العبد فيها ما لا يجوز له من عتق ما قد أخدمه ، والله الموفق .

ومن كتاب العشور

وقال في عبد بين اثنين أخدَم أحدهما مصابته رجلاً ، ثم أراد الآخر البيع قال يبيع نصيبه وحده إن شاء ، ولا يبيع الآخر معه ،

(٥٢) في ت ق ٣ (إنه) .

(٥٣) في ت (فعلى) .

وكذا[٥٤] إن آجره ، قلت وله أن يؤاجر نصيبه بغير إذن صاحبه ؟ قال نعم ، وكذلك الدار .

قال محمد بن رشد : قوله يبيع نصيبه إنْ شاء وحده ولا يبيع معه الآخر ، معناه ولا يلزمه أن يبيع معه ، إذ ليس ذلك له ، للحق الذي للمخدم في اختدامه ، وكذلك إذا آجر نصيبه من العبد ، أو كانت داراً فأسكن نصيبه منها رجلًا ، أو إكراه منه ؛ وفي أول سماع أصبغ عن أشهب خلاف هذا أن من حق شريكه إذا دعاه إلى البيع معه أن يبيع معه ، وتنفسخ الاجارة ، ويبطل الاخدَام ، وكذلك الدار على مذهبه إذا كانت لا تنقسم وقاله أصبغ أو لم يعجبه اشتراط النقد ؛ ولكلا القولين وجه ، فوجه قول ابن القاسم في هذه الرواية ، أنه لما فعل في نصيبه ما يجوز له من إخدامه أو إجارته ، لم يكن لشريكه أن يبطل ذلك عليه ، وهو لم يتعد فيما فعل ؛ ووجه قول أشهب أنه لما كان الحكم بين الشريكين فيما لا ينقسم إذا دعا أحدهما إلى الانفصال من صاحبه فيه لينفرد بحظه منه أن يباع ، فيقتسما[٥٥] الثمن بينهما ، إذ قد لا يجد من يشتري حصته منه على الإشاعة بحال ، أو لا يجد من يشتريها منه إلا بأقل من نصف قيمتها كلها لضرر الشركة ولم يكن لشريكه أن يبطل عليه هذا الحكم الواجب له بما يعقده في نصيبه من الإجارة، أو يفعله[٥٦] من الاخدام ، وهذا القول أظهر ، وإياه اختار أصبغ ، ولم يعجبه اشتراط النقد في الاجارة ، لما للشريك والحق في فسخها أو فسخ ما بقي منه أن دعيا إلى البيع ، ولم ير أشهب في النقد في ذلك بأساً . وقوله في ذلك أظهر من قول أصبغ ، لأن الخيار الذي للشريك في فسخ الاجارة ، أمر يوجبه الحكم له ان دعا إلى ذلك ، فوجب ألا يكون له تأثير في المبيع من النقد إذ قد سلم العقد من أن

---

(٥٤) في ت ق ٣ (وكذلك) .

(٥٥) في ت (فيقتسمان) .

(٥٦) في الأصل (ويفعله) .

ينعقد على خيار ، كما أن الخيار الذي للسيد في فسخ نكاح عبده إذا تزوج بغير أمره ، أو للوصي في فسخ نكاح يتيمه إذا تزوج بغير أمره ، لا تأثير له في فساد النكاح ، إذ لم ينعقد بين[٥٧] المتناكحين على خيار ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال في عبد بين رجلين أعتق أحدهما مصابته إلى سنة ، وأعتق الآخر بتلاً، ان بعض أهل العلم يقول تقوم خدمته سنة فتؤخذ من الذي أعتق بتلاً ، فتدفع إلى المخدم ويخرج العبد حراً كله الساعة ، لأن الخدمة رق ؛ قيل له لا يكون على حاله يعتق منه هذا النصف البتل ، ويكون الآخر عتيقاً بعد سنة ؛ فقال قد كنا نقول هذا القول ثم استحسنا هذا الآخر ، ثم رجع ابن القاسم عن هذا فقال أحسن ما فيه أن يكون على حاله ؛ لأنه ظلم أن يؤخذ منه قيمة خدمة السنة ويكون ولاؤه لغيره .

قال محمد بن رشد : القول الذي كان يقوله أولاً ثم رجع إليه آخراً ، هو المشهور في المذهب[٥٨] المنصوص عليه في المدونة وفي غيرها موضع من كتب العتق من العتبية ، من ذلك ما وقع في رسم أوصى من سماع عيسى منه ، وهو الأظهر ، لأن الأول هو الذي ابتدأ الفساد ، فلا يقوم على الثاني وقد بين في الرواية وجه القول الذي كان استحسنه ابن القاسم ، والحجة له في رجوعه عنه إلى القول الأول المشهور في المذهب بما لا يزيد عليه ، وبالله التوفيق .

---

(٥٧) في الأصل (من) .

(٥٨) جملة (في المذهب) ساقطة في الأصل .

مسـألة

قال ابن القاسم وان بتل أحدهما مصابته ، فقال الآخر أنا أعتق[٥٩] إلى سنة ؛ قيل له إما إن تعتق الساعة ، وإما اعتقناه[٦٠] . يـريد قومنا على هذا المعتق وأعتقناه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، أنه إذا أعتق أحدهما مصابته منه بتلاً ، فليس لشريكه أن يعتق مصابته منه إلى أجل ؛ ويقال له إما ان تعتق حظك منه بتْلاً ، وإما أن يقوم على الذي أعتق حظه منه بتلاً ـ فيكون كله حراً ، وإنما يختلف إذا بادر فأعتق حصته منه إلى أجل ، فقيل إنه يخير أيضاً بين أن يعجل عتقه الساعة ، أو يقوم على الأول ؛ وهو قول ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العتق ، وفي المدونة وروايته عن مالك ، ورواية أشهب عنه أيضاً ؛ والوجه في ذلك أن يقوم العبد بين الشريكين على الذي أعتق نصيبه منه ، حق للشريك في إفساد حظه منه عليه ، وحق للعبد في تبتيل عتق جميعه ، فإذا ترك الشريك حقه في التقويم وأعتق حظه منه إلى أجل ، كان من حق العبد أن يقوم على الأول فيبتل عتقه ، إلا أن يبتل الثاني عتق نصيبه ، فلا يكون للعبد حجة ، ولبعض الرواة في المدونة ـ وهو المخزومي ـ أنه يعجل العتق على الذي أعتقه إلى أجل ، ولا يقوم على الأول ، وهو اختيار سحنون ، ووجه قوله إنه لما أعتق نصيبه إلى أجل ، فقد أفاته بالعتق ، ووجب له ولاؤه ؛ فلم يجب أن يقوم على الأول لوجهين ، أحدهما أنه قد ترك حقه في التقويم عليه والثاني أنه قد[٦١] فوت نصيبه بالعتق ووجب له ولاؤه ، فلا يصح أن يفسخ ذلك ، وإذا لم يصح

---

(٥٩) في ت (أعتقه) .

(٦٠) في ت (أعتقنا) .

(٦١) كلمة (قد) ساقطة في ت .

فسخه ، وجب أن يعجل عتقه لحق العبد في تعجيل(٦٢) عتقه ، وهذا القول أظهر - والله أعلم ، وقد مضى هذا كله في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العتق ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب البراءة(٦٣)

وسئل عن رجل تصدق على ابن له بخدمة جارية له حياته ، فإذا مات ، فهي لابن له آخر مبتولة ، ثم إن الأول وطئها فحملت ؛ قال يدرأ عنه الحد للشبهة ، لأني سألت مالك عن الرجل يخدم جارية له حياته ، أو إلى أجل من الآجال ، ثم هوي بها فأراد أن يتزوجها ، قال مالك لا أرى أن يتزوجها ؛ قال ابن القاسم وقد بلغني عن مالك أنه رآه بمنزلة الذي يتزوج أمة له فيها شرط فمسألتك مثلها ، أرى أن يدرأ عنه الحد ، ويقوم عليه بخدمة حياة هذا الواطىء على قدر الرجاء فيها والخوف ، فيعطي المبتولة له قيمتها يوم ترجع على قدر ذلك ، وتكون أم ولد للواطىء ؛ قلت فلو كان المبتولة له هذا(٦٤) الواطىء ؟ قال يخرج الواطىء قيمتها ، فيخارج للمخدم منها من يخدمه ما عاش ، فإن نجزت القيمة قبل موته ، فلا شيء على الواطىء (وإن مات المخدم وبقي من المال بقية ، رد على الواطىء)(٦٥) ما بقي من القيمة .

(٦٢) في الأصل (في حق العبد لتعجيل) .

(٦٣) في ت (التدبيرة) - وهو تحريف ظاهر .

(٦٤) في الأصل (هو) .

(٦٥) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

قال محمد بن رشد : يتحصل فيمن وطىء الجارية التي أخدمها حياته ، ثم جعل مرجعها لغيره فحملت منه - أربعة أقوال ، أحدها أنه بمنزلة من وطىء أمة له فيها شرك فحملت منه ، يدرأ عنه الحد ، وإن كان عالماً بأن وطأه إياها لا يحل له ، وتقوم عليه يوم وطئها[٦٦] على الرجاء فيها والخوف عليها ؛ يقال كم كانت تساوي على أن تكون للمشتري بعد موت المخدم لو كان يحل بيعها على ذلك ، فيغرم ذلك للذي إليه مرجع الرقبة ، وتكون له أم ولد ، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء - إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، جرى ذلك على الاختلاف في الأمة تكون بين الشريكين يطؤها أحدهما ، فتحمل ولا مال له ؛ وهذا هو قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وفي سماع محمد بن خالد بعد هذا - قياساً على ما سمعه من مالك في أنه لا يجوز له أن يتزوجها ، والثاني أنه يحد إلا أن يعذر بالجهالة فلا يحد، وتقوم عليه بعد العقوبة ؛ وهو قول ابن وهب ، واختيار أصبغ . والقول الثالث أنه يحد ولا يعذر في ذلك بالجهالة ، كالمرتهن والمستعير ، ولا يلحق به الولد ؛ وهو قول أشهب وابن الماجشون ، ومطرف ومحمد بن سلمة المخزومي ، وأبي المصعب الزهري ، قال ابن الماجشون في المبسوطة ولم أقل أنا هذا ، بل القرآن قاله ، فسل القرآن عنه يخبرك بتعديه وجنايته ؛ قال جل ثناؤه ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون﴾ الى قوله ﴿أو ما ملكت أيمانهم﴾ - إلى قوله ﴿هم العادون﴾[٦٧] ، أفليس من كان عادياً ، حقيقاً بالحد؟ قال محمد بن مسلمة ؛ ولقد أنزله من أسقط عنه الحد وقوم عليه الجارية - أحسن حالاً ممن وطىء زوجته ، أو ما ملكت يمينه ؛ لأنه ملكه بفجوره ، ما لا ملك له فيه بأن باعه على مالكه[٦٨] كرهاً . والقول الرابع أن الحد يدرأ عنه بالشبهة ، ويلحق به

---

(٦٦) جملة (لا يحل . . يوم وطئها) - ساقطة في الأصل .

(٦٧) الآية ٧ - سورة المؤمنون .

(٦٨) في ت (باعها على مالكها) .

الولد ، ويقوم عليه[٦٩] فيغرم قيمته للذي بتلت له ، ويقر الجارية على خدمتها ، إلا أن يخاف عليه أن يطأها أيضاً فإن خيف ذلك ولم يؤمن خورجت عليه ، فأعطى خراجها حتى يموت ، ثم تصير إلى الذي بتلت له ؛ وكذلك الخدمة المؤقتة إلى المدة الطويلة التي[٧٠] تتجاوز[٧١] عمر المخدم ، ولو كانت الخدمة إنما هي الأيام اليسيرة التي لا تشبه الرق ولا الملك ، لم يعذر بالجهالة وحده ولم يلحقه الولد قولاً واحداً ، واختلف التأويل في الخدمة إلى السنين الكثيرة التي لا تتجاوز عمر المخدم ، هل يدخل فيها الاختلاف[٧٢] الذي في الخدمة إلى موت المخدم أم لا ؟ فقيل إنه يدخل في ذلك ، وقيل إنه لا يدخل فيه ويحد قولاً واحدا والأظهر أنه يدخل في ذلك ؛ واما إن وطئها الذي إليه مرجع الرقبة ـ وهي في اختدام المخدم ـ قبل أن ترجع إليه ، فقال في الرواية أن الواطىء يخرج قيمتها فيخارج للمخدم منها من يخدمه ما عاش ، فإن نجزت القيمة قبل موته ، فلا شيء على الواطىء ؛ وإن مات المخدم وبقي من المال بقية ، رد على الواطىء ، وهو مثل أحد القولين في المدونة ـ إذا أخدم الرجل جاريته رجلاً عشر سنين ثم وطئها فحملت . والقول الثاني أنه يؤخذ من الواطىء في مكانها أمة تخدمه في مثل خدمتها ، فإن ماتت هذه الأمة والأولى حية والمخدم حي ، فلا شيء على الواطىء وإن مات المخدم قبلها ، رجعت إلى الواطىء وقد قيل إنه يؤخذ منه قيمة الأمة المخدمة التي أولدها فيشتري منها أمة تخدم مكانها ، فإذا مات المخدم صارت إلى الذي أخرج قيمتها ، وهو قول المخزومي ، وإن لم يكن له مال ، كانت له أم ولد ، وبقيت على خدمتها ـ قاله ابن القاسم في سماع محمد بن خالد بعد هذا في بعض الروايات ، وهو صحيح على قياس قوله ؛ وهذا كله على القول بأن من

---

(٦٩) جملة (ويقام عليه) ساقطة .

(٧٠) كلمة (التي) ساقطة في الأصل .

(٧١) في ت ق ٣ (تجاوز) .

(٧٢) في ت (الخلاف) .

أخدم عبده رجلاً حياته ، أو سنين مسماة ـ ومرجعه[٧٣] بعد الخدمة إلى غيره ـ أن الذي جعل له مرجع الرقبة يستحقها من الآن ، فيرثه إن مات ، ويأخذ قيمته إن قتل ، لأن الأول قد تبرأ منه وأسلمه ، فإنما يختدمه للمخدم على ملك الذي له مرجع الرقبة ، وهو قول ابن القاسم في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى بعد هذا ؛ وأما على القول بأن من أخدم عبده رجلاً سنين مسماة أو حياة المخدم ، ورجع مرجع رقبته بعد الخدمة إلى غيره لا يستحقه الذي إليه مرجع الرقبة إلا بعد انقضاء الإخدام ، وأنه تكون قيمته إن قتل ، وميراثه إن مات ـ لسيده الذي أخدمه ، وهو قول ابن القاسم في رسم القضاء العاشر من سماع أصبغ واختيار أصبغ فيه ، والقولان لمالك في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات فيحد إن كانت أمة فوطئها الذي إليه مرجع الرقبة ، ولا يلحق به ولدها ، إذ لم يجب له على هذا القول بعد ، وإنما يستخدمها الذي أخدم إياها (على ملك الذي أخدمه إياها[٧٤] وبالله التوفيق).

ومن كتاب العتق

قال وسألته عمن قال لغلامه أخدم فلاناً عشر سنين ـ وأنت حر ، وإن أبيت فلا عتق لك ولا شرط ، أو قال ما أبقت أو غبت فعليك قضاؤه ، فأبـق . قال ابن القاسم أرى الشرط عليه ثابتاً ـ إن أبق، وإن لم يشترط ثم أبق ، لم أرَ عليه قضاء ما أبق وهو حر .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن لسيده شرطه الذي اشترطه ، إذ ليس فيه غرر ، ولا فساد ، ولا إبطال واجب ، ولا إيجاب باطل ، ولا تحليل حرام ولا تحريم حلال ؛ وما كان سبيل هذا من الشروط ، فهو الذي

(٧٣) في ت (أو مرجعه) .

(٧٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم »[٧٥] .
وعنى أنه في القرآن، فأجازه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة: «ما بال أقوام[٧٦] يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل ـ وإن كان مائة شرط[٧٧] ، لأن العبد لم يكن له على سيده حق في العتق إلى العشرة الأعوام ، أبق فيها أو لم يأبق ، فيكون بما اشترط عليه من أنه لا حرية له إن أبق في العشرة الأعوام ، قد أبطل حقاً واجباً له عليه في ذلك ، وما شرطه أن عليه قضاء ما أبق ، فإن كان أراد أن يقضيه بعد حريته ، فلا يلزم الشرط بذلك ، إذ لا تتم حرية عبد وعليه خدمة[٧٨] .
وإن كان أراد أنه لا يعتق إن أبق حتى يخدم الأيام التي أبق فيها زائداً على العشرة الأعوام ، فالشرط بذلك جائز عامل ، والسيد مصدق فيما يذكره من ذلك ، ولا قضاء عليه[٧٩] فيما أبق إذا لم يشترط ذلك ، لأن الحرية تجب له بانقضاء العشرة الأعوام خدمها أو لم يخدمها ـ لمرض ، أو تفرق[٨٠] أو إباق ، وبالله التوفيق .

مســألة

قـال وسألته عن رجل أعطى عبداً يختدمه حياته ، فأعطاه هو بعض أقاربه يخدمه على مثل هذا ؛ قال لا بأس بذلك ، وكذلك السكنى في الدور وغير ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اشكال فيه ؛ لأنه

---

(٧٥) أخرجه البخاري في كتاب التجارة ، والترمذي في الأحكام .
(٧٦) في ص ق ٣ (رجال) .
(٧٧) حديث متفق عليه .
(٧٨) في الأصل (خدمته) .
(٧٩) كلمة (عليه) ساقطة في الأصل .
(٨٠) في ت (تعليق) .

حقه ، فجاز أن يعطيه لمن شاء عطية[٨١] ، لأن هبة المجهول جائزة ، وإنما الذي لا يجوز له أن يواجره حياته ؛ ويجوز[٨٢] أن يواجره المدة القريبة ، السنة والسنتين ، والأمر المأمون بالنقد وغير النقد على ظاهر[٨٣] ما قاله في المدونة ؛ وأما الأجل البعيد فلا يجوز بالنقد ؛ واختلف فيه إذا لم ينقد ؛ فلم يجزه في المدونة ، وأجازه في رسم الأقضية الرابع من سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات ؛ فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة على القول بأن ذلك لا يجوز فعثر على ذلك ، وقد مضى بعضها ، فإن كان الذي بقي يسيراً لم يفسخ ، وإن كان كثيراً[٨٤] فسخ قاله في كتاب محمد ، وهو بين في المعنى ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال وسألته عن رجل قال غلامي يخدم فلاناً سنة ثم هو له وعليه دين هل يكف عنه غرماؤه الى أمد هذه الخدمة ؟ قال أرى ألَّا يعدى عليه غرماؤه ببيعه حتى يقضي السنة ، ويجب له بتلا ؛ لأن للغرماء إجازته إن أحبوا .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يعدى عليه غرماؤه ببيعه حتى تنقضي السنة ، ويجب له بتلا ؛ يدل على أنه لو مات ، لكان ميراثه لسيده الذي أخدمه إياه ؛ ولو قتل ، لكان له قيمته ؛ وذلك خلاف قوله في أول سماع يحيى بعد هذا ، مثل قوله في رسم القضاء العاشر من سماع أصبغ من هذا الكتاب ، ومثل قوله أيضاً في رسم عتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات ؛

---

(٨١) كلمة (عطية) ساقطة في ت .

(٨٢) في ت (ويجوز له) بزيادة (له) .

(٨٣) كلمة (ظاهر) ساقطة في الأصل .

(٨٤) في الأصل (يسيرا) ـ وهو تحريف ظاهر .

وهو أصل قد اختلف فيه قول مالك أيضاً ـ على ما حكاه في سماع أصبغ من هذا الكتاب ، وفي رسم[٨٥] العتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات ، والذي يأتي في هذه المسألة على قياس رواية يحيى بعد هذا ، وأحد قولي مالك ، أن يباع للغرماء ، ولا ينظر انقضاء أمد الخدمة ، وهو قول مطرف ؛ حكى ابن حبيب عنه أنه يباع ويتسلط الدين عليه ، وإن كان في مُدة الخدمة ، لأنه صيرها ملكاً له ؛ قال وهذا[٨٦] ما لا شك فيه ولا اختلاف عندنا ، وقد مضى هذا المعنى أيضاً في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس في الذي يحبس الحبس على الرجل فيقول هو لك حياتي ، ثم هو في سبيل الله أو صدقة ؛ لأن الاختلاف في ذلك هل يكون بعد موته في السبيل من ثلثه ، أو من رأس ماله ، على هذا الأصل ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب يشتري الدور

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يخدم الرجل العبد الى أجل ، ويبتله بعد الأجل صدقة على رجل ، ثم يقتل العبد ، أو يموت ؛ قال يرث ما ملك عنه العبد ، ويأخذ عقله إن قتل الذي تصدق به عليه بعد الخدمة ؛ وذلك أن السيد قد كان[٨٧] تبرأ من جميع العبد ومنافعه ، إذ جعل الخدمة إلى أجل لرجل[٨٨] والرقبة بعد الخدمة لآخر ؛ فمن كان اليه مرجع العبد بعد أجل الخدمة ، فهو

---

(٨٥) في ت (كتاب) .

(٨٦) في ت (وهو) .

(٨٧) في الأصل (يكون) .

(٨٨) كلمة (لرجل) ساقطة في الأصل .

أحق بميراثه وعقله . قلت فإن لم يتصدق به بعد الخدمة على أحد فقتله السيد ، قال إن قتله خطأ فلا شيء عليه ، وإن قتله عمداً غرم قيمته فاستؤجر بها للمخدم مثله الى انقضاء أجل المخدمة ؛ فإن بقي بعد انقضاء أجل الخدمة من قيمته شيء ، رجع الى سيده القاتل ، وإن فنيت القيمة في إجارة من استؤجر للمخدم قبل انقضاء الأجل ، فلا غرم على سيد العبد بعد اخراج جميع قيمة العبد المقتول . قلت وكذلك لو قتله السيد وقد كان بتله لرجل صدقة عليه بعد أجل الخدمة ، أكنت تستأجر[٨٩] من قيمته التي يغرم للسيد - أجيراً[٩٠] للمخدم ، فإن بقي من تلك القيمة شيء بعد انقضاء أجل الخدمة ، كان للذي تصدق عليه برقبته ، وإن لم يبق شيء فلا شيء له ، ويكون المخدم أحق بالتبدئة في استئجار أجير - بقية العبد المقتول من الذي تصدق عليه بالرقبة ؛ فقال لا يكون هذا الذي وصفت لك إلا في أن يقتله السيد عمداً ، ومرجعه اليه بعد الخدمة ؛ فأما إذا بتله لرجل بعد الخدمة ثم قتله عمداً ، فهو بمنزلة أجنبي قتله ، لأن مرجعه الى غيره ، فهو يغرم قيمته ، ويكون الذي بتلت له الرقبة أحق به .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يخدم الرجل العبد وبتله بعد الأجل صدقة على غيره ، أنه إن مات العبد أو قتل ، يأخذ[٩١] إن مات ماله[٩٢] أو قيمته إن قتل الذي تصدق به عليه بعد الخدمة ؛ خلاف نص قوله

---

(٨٩) في الأصل (تستأجره) .

(٩٠) في ت (آجرا) .

(٩١) في ت (أخذ) .

(٩٢) في ت (ماله - إن مات) .

في رسم القضاء العاشر من سماع أصبغ بعد هذا ، وخلاف لأصله في مسألة رسم العتق من سماع عيسى قبل هذا ـ حسبما بيناه ؛ وهو أصل قد اختلف فيه قول مالك أيضاً حسبما قاله في سماع أصبغ من هذا الكتاب ، وفي رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات ؛ فسواء على قوله في هذه الرواية قتل العبد في خدمة السيد الذي أخدمه أو أجنبي من الناس عمداً أو خطأ ، تبطل الخدمة وتكون القيمة للذي جعل له المرجع بعد الخدمة ؛ وأما إن لم يتصدق به سيده بعد الخدمة على أحد ههنا إن قتله سيده خطأ ، فلا شيء عليه كما قال ، لأنه أخطأ على نفسه بالقتل ، فبطلت الخدمة ؛ وإن قتله عمداً ، لزمته قيمته كما قال ، ويستأجر منها للمخدم من يخدمه مكان العبد الذي قتله ، لأنه قصد الى إتلاف الخدمة عليه ؛ فإن فنيت القيمة قبل أجل الخدمة ، لم يلزمه أكثر من ذلك ؛ وإن انقضى الأجل قبل تمام القيمة ، رجع ما بقي منها إلى السيد ؛ وقد قيل إنه يأتي بعبد يخدم المخدم مكان العبد الذي قتل ، فإذا انقضى أجل الخدمة ، رجع إليه عبده ؛ وإن مات قبل الأجل ، لم يكن عليه في بقية الأجل شيء ، والقولان في المدونة ؛ وقد قيل إنه يشتري بالقيمة عبدٌ[٩٣] يخدم المخدم مكانه ، وهو قول المخزومي ؛ وأما إن قتله أجنبي ، فتلزمه قيمته لسيده ، وتبطل الخدمة ـ قتله عمداً أو خطأ ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

قال وأخبرني ابن القاسم أنه سمع مالكاً يقول في الرجل يقول : يخدم فلان غلامي فلاناً وفلاناً[٩٤] ما عاشا ـ ثم هو حر ، فيموت أحد الرجلين ، إن الخدمة كلها للباقي ، ولا عتاقة للعبد

(٩٣) في ت (عبدا) .

(٩٤) كلمة (وفلانا) ـ ساقطة في الأصل .

حتى يموت الباقي ؛ قال : قال مالك فإن قال يخدم فلاناً يوماً ، وفلاناً يوماً ، ثم هو حر بعد موتهما فمات أحدهما ؛ رجع نصيبه من الخدمة الى السيد ، أو الى ورثته إن مات . قلت لابن القاسم فإن قال أحدهما للعبد حظي من خدمتك عليك صدقة . قال لا يعتق منه بذلك(٩٥) شيء ، ولكن يكون رقه موقوفاً ، ويخدم نفسه النصف ، والمخدم الباقي النصف ؛ قيل له فإن ترك له الباقي نصيبه من الخدمة ، قال يعتق كله ؛ قلت فإن مات أحدهما فرجع نصيبه من الخدمة إلى السيد ، ثم ترك الشريك نصيبه من الخدمة للعبد ؛ قال لا يعتق حتى يموت المخدم الذي ترك نصيبه ، قلت لم وقد مات أحدهما وترك الآخر نصيبه من الخدمة للعبد ؟ قال لأن السيد قد ورث خدمة الميت منهما وثبت ذلك له ، فترك الباقي حظه من الخدمة لا يضر السيد ، كما لم يضر أحدهما حين ترك شريكه الخدمة ـ وهما باقيان ، ولكن يخدم نفسه النصف ، ويخدم السيد النصف حتى يموت المخدم الثاني ؛ قال وقال مالك لا يجوز لواحد منهما أن ينزع مال العبد المخدم إذا جعل حراً إلى أجل .

قال محمد بن رشد : قد قيل إن نصيب من مات منهما من الخدمة يرجع إلى السيد وإن لم تقسم الخدمة بينهما بأن يقول لهذا يوم ، ولهذا يوم ؛ وقيل أيضاً إن نصيب من مات منهما يرجع على صاحبه ، وإن كان قد قسم الخدمة بينهما ؛ وتفرقته ههنا بين أن يقسم الخدمة بينهما أو لا يقسمها ، قول ثالث في المسألة ؛ والثلاثة الأقوال كلها لمالك ، وقد مضى بيان ذلك في أول سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ، وقوله إنه(٩٦) إذا تصدق أحدهما على

(٩٥) كلمة (بذلك) ـ ساقطة في ت .

(٩٦) كلمة انه ـ ساقطة في ت .

العبد بحظه من خدمته ، أنه لا يعتق بذلك منه شيء ـ يريد حتى يموت المخدم الثاني ؛ فإذا مات المخدم الثاني ، عتق جميعه ، ويخدم ما دام المخدم الثاني حياً ـ نفسه يوماً ، والمخدم الثاني يوماً ، ويسقط على مذهبه حق السيد في رجوع حظه من خدمة العبد اليه إن مات قبل المخدم الثاني بالهبة ؛ لأنه حكم لما يرجع الى السيد من الخدمة بحكم الميراث الذي يسقط حق الوارث فيه بهبة الموروث اياه قبل وفاته ؛ فرأى أن الخدمة اذا وهبها المخدم للعبد في حياته ، استوجبه العبد ولم يكن للسيد فيها حق ، فاذا وهب المخدم الثاني حظه من الخدمة أيضاً ، عتق كله كما قال ـ على أصله في أن حق السيد فيما يرجع اليه من خدمة العبد بموت أحدهما قبل صاحبه ، يبطل بالهبة ؛ وفي ذلك من قول ابن القاسم نظر ، إذ ليس يرجع الى السيد خدمة حظ[٩٧] من مات منهما قبل صاحبه على سبيل الميراث ، وإنما يرجع اليه ، لأنه أبقاه لنفسه على ما يوجبه الحكم اذا قسم الخدمة بينهما فكان القياس ألاّ يبطل حقه في رجوع خدمة حظ من مات منهما قبل صاحبه اليه بهبته إياه ، وهب كل واحد منهما حظه من ذلك ، أو وهب ذلك أحدهما ؛ ألا ترى لو قال رجل يخدم عبدي فلاناً سنة ، ثم فلاناً سنة ، ثم فلاناً سنة ، ثم هو حر ؛ فوهب المخدم الأول ـ خدمته للعبد ، لم يسقط بذلك حق المخدم الثاني في خدمة السنة الثانية ، اذ ليست ترجع اليه بميراث عن المخدم الأول ، لوجب أن تكون للعبد خدمته السنة التي وهب اياها ، وللمخدم الثاني خدمة السنة الثانية ، ثم يعتق العبد ؛ فكان القياس على هذا في مسألتنا ، اذا تصدق أحدهما على العبد بحظه من خدمته ، أن يخدم نفسه يوماً ، والمخدم الثاني يوماً ـ حتى يموت أحدهما ؛ فإذا مات المخدم الواهب لخدمته أولاً ، رجع حظه من خدمته للسيد ، وخدم يوماً للسيد أو لورثته[٩٨] إن كان قد مات ، ويوماً للمخدم الثاني حتى يموت فيعتق جميعه ؛ وإن مات المخدم الذي لم

---

(٩٧) كلمة (حظ) ـ ساقطة في الأصل .

(٩٨) في ت (أو ورثته) .

يهب خدمته أولاً ، رجع أيضاً حظه من الخدمة إلى السيد فخدم نفسه يوماً ، والسيد وورثته إن كان قد مات يوماً حتى يموت المخدم الأول الذي وهب حظه من الخدمة ، فيعتق جميعه ؛ وكذلك أيضاً كان القياس على هذا إذا تركا جميعاً الخدمة للعبد ألَّا يبطل بذلك حق السيد فيما يجب له من الحق في رجوع خدمة من مات منهما قبل صاحبه إليه ، وأن يكون الحكم في ذلك أن يكون رق العبد موقوفاً، فتكون خدمته لنفسه خاصة ـ خالصاً ـ ما داما حيين حتى يموت أحدهما ؛ فإذا مات أحدهما ، رجع حظه من خدمة العبد الى السيد(٩٩)، فخدم نفسه يوماً، والسيد يوماً، حتى يموت الثاني فيعتق جميعه؛ وأما إذا ما مات أحدهما قبل أن يهب حظه من خدمة العبد للعبد ، فاستحق ذلك السيد ، فلا اشكال فيما قاله في الرواية أن من حق السيد في اختدام حظه منه إلى أن يموت المخدم الثاني ، لا يسقط بهبة المخدم الثاني لحظه من خدمة العبد ويكون السيد على حقه في خدمة نصفه ، فيخدم له يوماً ، ولنفسه يوماً ، حتى يموت المخدم الثاني فيعتق جميعه(١٠٠) ؛ ولابن لبابة في المنتخب في هذه المسألة كلام مختل فاسد ، قوَّل ابن القاسم فيها ما لم يقله ، وتأول عليه فيها ما لم يرده ؛ وألزمه الاضطراب على ما قوله إياه ، وتأوله عليه ؛ ومعنى ما ذهب ابن لبابة في المسألة اليه ـ أن ابن القاسم لم يعجل عتق نصف العبد بشك إذا وهب أحدهما خدمة حظه ، من أجل أن اليقين حاصل في رق النصف الآخر ، وعجل عتقه بشك إذا وهبا جميعاً خدمته من أجل أن اليقين حاصل في النصف الآخر ، وطول الكلام في ذلك بتخليط لا يصح ، إن لا يمكن تعجيل عتق بعض العبد بهبة أحدهما لحظه من الخدمة ، لأن ما بقي فيه شعبة من الرق ، فأحكامه أحكام عبد ، ولا يصح لأحدهما فيه عتق ، إذ لا يملك واحد منهما من رقبته شيئاً(١٠١) وإنما يعتق بعتق السيد إياه على

---

(٩٩) في ت (للسيد) .

(١٠٠) في ت (جميعاً) .

(١٠١) في الأصل (شيء) وهو تحريف ظاهر .

الشرط الذي شرطه ، فلم يضطرب ابن القاسم في قوله ـ كما زعم ابن لبابة ، بل جرى فيه على أصل واحد ـ غير صحيح ـ حسبما بيناه وقررناه ؛ وأما على القول بأنَّ حظ من مات منهما يرجع إلى صاحبه ، وان قسم الخدمة بينهما ، فإن ترك أحدهما للعبد حظه من خدمته خدم نفسه يوماً ، وصاحبه يوماً ـ حتى يموت فيعتق ؛ وإن ترك كل واحد منهما له حظه من خدمته ، عجلت حريته ، ولا اشكال في هذا ؛ وقد مضى في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب ، وفي أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ـ الكلام على ما قاله مالك في آخر المسألة من أنه لا يجوز لواحد منهما أن ينتزع مال العبد المخدَم إذا جعل حراً إلى أجل ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

من سماع سحنون

قال سحنون في رجل أخدم عبداً له رجلاً فقبضه المخدم فخدمه أياماً ، ثم إن السيد أعتقه ؛ قال عتقه جائز ويرجع المخدم على السيد بقيمة ما بقي له من الخدمة .

قال محمد بن رشد : قول سحنون هذا خلاف ما تقدم لابن القاسم في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى ، وخلاف قوله في المدونة وغيرها من أنه لا عتق له فيه حتى تنقضي الخدمة، أو الإجارة ـ إن كان في الإجارة، وإنما يقول ابن القاسم إنه يكون عليه قيمة الخدمة إذا قتل العبد ، أو كانت أمة فأولدها ، على ما مضى القول فيه في أول رسم من سماع يحيى من هذا الكتاب ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد بن خالد وسؤاله ابن القاسم

قال وسألته عن المخدم يطأ الجارية التي اختدم فاعتذر فيها بالجهالة ، أيدر عنه الحد ؟ فقال[١٠٢] نعم ولو تعمد ذلك بمعرفة . قال ابن القاسم ولا يجوز للمخدم أن يتزوجها ؛ قال مالك لأنه فيها بمنزلة الشريكين في الجارية . قلت فإن وطئها المخدم فأحبلها ، قال تكون أم ولد ويغرم قيمتها ، فيستأجر منها للمخدم . قلت فإن لم يكن له مال ، قال يأخذ ولده ويخدم الجارية إلى الأجل .

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم البراءة من سماع عيسى ، فلا وجه لاعادته ، وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ من أشهب من كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ سمعت أشهب وسئل عن العبد بين الرجلين يخدم أحدهما حصتَه رجلاً ، قال ذلك جائز ، فإن قام صاحبه بالبيع ، باع معه ؛ فإذا باع انفسخت الخدمة وسقطت ؛ قيل له فإن علم صاحبه بإخدامه فأجاز ، ثم أراد القيام بالبيع بعد ذلك ؟ قال ذلك له ، قال أصبغ ثم العمل في ذلك والأمر على القول الأول ، قال أصبغ قيل لأشهب إن كان إنما رهن أحدهما حصته ، قال فالرهن جائز ؛ فإن

---

(١٠٢) في الأصل (قال) .

قام صاحبه بالبيع بيع ، فإذا بيع ، فإن كان الحق دنانير عجلت للمرتهن ، وإن كان(١٠٣) عن رضى ، وقف الثمن حتى الأجل ؛ قيل له فإن واجر احدهما حصته ؟ قال فالإجارة أيضاً جائزة ، فإن قام صاحبه بالبيع ، فذلك له ؛ فإذا بيع انفسخت الإجارة ؛ قال أصبغ إنما البيع هاهنا كالقتل ، لو قتل بطلت الخدمة ، وكان العقل للمخدم فكذلك الثمن ؛ قال أصبغ قلت لأشهب فينتقد في الأجرة(١٠٤) إذا أجر حصته ؟ قال لا بأس ؛ قال أصبغ لا يعجبني الاشتراط ، وأرى فيه مقاررة ، وكالبيع والسلف ؛ لأن البيع ينقض الإجارة ولا يدري متى يقوم بالبيع ، ويباع إذا كان القيام به لغيره .

قال محمد بن رشد : قد مضى لابن القاسم في رسم العشور من سماع عيسى خلاف قول أشهب وأصبغ في هذا السماع في الإجارة والخدمة ، ومضى الكلام على ذلك هنالك ، فلا معنى لإعادته ، وأما قوله في ـ الرهن إذا قام الشريك ببيعه بيع ـ وكان الحق دنانير ، أن الثمن يعجل ؛ معناه إلا أن يأتي الراهن برهن مثله ، وقد قيل إنه لا يعجل ويوضع على يدي عدْل ، وهو الذي في المدونة في الرهن يبيعه الراهن بإذن المرتهن ، وهو أيضاً قول مالك في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الرهون ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب القضاء العاشر

وسئل عن رجل أخدم رجلاً (سنة)(١٠٥) عبداً ثم هو لآخر

---

(١٠٣) في ص ق ٣ (كانت) .

(١٠٤) في ت (الإجارة) .

(١٠٥) كلمة (سنة) ساقطة في الأصل .

بتلاً ، فمات العبد قبل السنة وترك مالاً ، قال هو لسيده ـ يعني المخدم ؛ قال أصبغ وذلك أنه مات قبل أن يجب لفلان ولا يجب له إلا ببلوغ الوقت الذي جعله له عنده ـ فلم يبلغه ، وهو شبيه بالحرية ؛ ولو جعله حراً بعد خدمة أحد فمات عن مال قبل ذلك ، كان السيد أولى به ، أو جرح ـ وقد اختلف قول مالك في البتل بعد الخدمة ، وهذا(١٠٦) أحب الينا إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة قد مضى القول عليها في الرسم الأول من سماع يحيى ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

وسمعت ابن القاسم يقول إذا أوصى الرجل بخدمة عبده لرجل ما عاش ، وأوصى لقوم بوصايا ـ ولا مال له غيره ، فأمضى الورثة ما أوصى به صاحبهم من الخدمة فبيع ثلث العبد وعمر المخدم ، وقومت خدمة العبد على قدر غررها ، فحاص صاحبها أصحاب الثلث في ثمن ثلث رقبة العبد ، فأخذها لنفسه وصنع بما شاء ؛ واختدم ايضاً ثلثي العبد حتى يموت ، فإذا مات رجع(١٠٧) الثلثان إلى الورثة (قاله أصبغ) .

(قال محمد بن رشد: نقل أبو إسحاق التونسي هذه المسألة من كتاب ابن المواز بلفظ أبين من هذا فقال يباع ، ثلث العبد فيتحاص في ثمن ثلث رقبة العبد مع أصحاب الوصايا والمخدم بقيمة خدمته على غررها ، فما

---

(١٠٦) في ت (وهو) .

(١٠٧) في ت (ذلك الثلثان) ـ بزيادة (ذلك) .

صار له من ذلك أخذه بتلاً ، ثم يختدم مع ذلك أيضاً ثلثي العبد حتى يموت ، فإذا مات رجع الثلثان إلى الورثة)(١٠٨) قال أبو إسحاق وفي هذا نظر. لأنه جعله يأخذ ما وقع له في المحاصة ، ثم يأخذ ثلثي الخدمة وهو قد ضرب بها ، فإنما ينبغي أن يدفع إلى الورثة ثلثي ما وقع له في المحاصة ، لأنه عوض عن ثلثي الخدمة التي أسلموها له ؛ وأما ثلث ما وقع في الحصاص فيأخذه ، إذ لا يقرر الورثة إذا(١٠٩) بيع ثلث العبد - أن يُمضوا له خدمة ذلك ، الجزء الذي يقع له في الحصاص فأخذ ثمنه عوضاً منه ، وكلام أبي اسحاق صحيح (بين)(١١٠) ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعت ابن القاسم يقول إذا أوصى رجل فقال عبدي يخدم فلاناً عشر سنين ثم هو حر ، فلم يحمله الثلث ، عتق منه ما حمل الثلث ، وسقطت الخدمة والوصية ؛ وإن أوصى فقال عبدي يخدم فلاناً شهراً ثم هو حر ، وفلان يخدم سنة ثم هو حر ، بدىء بصاحب الشهر إذا كان الشيء القريب من الأمر - هكذا ، ولو أوصى فقال فلاناً(١١١) يخدم سنة ثم هو حر ، وفلاناً(١١١) سنتين ثم هو حر ، وفلاناً يخدم عشر سنين - ثم هو حر ، وفلاناً عشرين سنة ثم هو حر ؛ رأيت في ذلك كله أن يتحاصوا - وقاله أصبغ - إذا طالت الخدمة ؛ فإن(١١٢) افترقا في الوقت فهو حصاص - وإن تباعد ما

---

(١٠٨) ما بين القوسين - وهو نحو ثلاثة أسطر - ساقط في ص ق ٣ ، أثبتناه من ت .

(١٠٩) في ت (إذ) .

(١١٠) كلمة (بين) ساقطة في الأصل .

(١١١- ١١١) في الأصل فلان) .

(١١٢) في ت ق ٣ (وإن) .

بينهما ؛ وإذا قلت الخدمتان ، بدىء بالأول فالأول ـ وإن افترق ما بينهما .

قال محمد بن رشد : أما إذا رضي بخدمة عبده عشر سنين ثم هو حر ، فلم يحمله الثلث ، فلا اختلاف في انه يعتق منه ما حمل الثلث وتسقط الوصية بالخدمة وغير الخدمة إن أوصى بوصايا مع الخدمة والعتق ؛ لأن العتق بعينه يبدأ على ما سواه من الوصايا ، وقد قال عبد الوهاب في المعونة (إنه)[113] يبدأ على الزكاة ـ وهو بعيد في القياس ؛ ووجهه[114] اتباع ظاهر الحديث المروي عن النبي عليه السلام أنه أمر أن تبدأ العتاقة على الوصايا[115] فعم ولم يخص ، وقد مضى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب المدبر جملة من ترتيب الوصايا في التبدئة ، فلا معنى لاعادته ؛ وقال في هذه الرواية (إنه)[116] يبدأ المعتق على شهر ، على المعتق إلى سنة ، وإنه لا يبدأ المعتق الى سنة على المعتق إلى سنتين (ولا المعتق إلى عشر سنين على المعتق إلى عشرين سنة ؛ ولم ينص هل يبدأ المعتق الى سنة على المعتق الى عشر سنين ؛ والذي أقول به أنه يبدأ عليه على ظاهر هذه الرواية ، ولا ينبغي أن يختلف في هذا ، وإنما الاختلاف هل يبدأ المعتق الى سنة على المعتق إلى سنتين)[117] . والثلاث ونحو ذلك ام لا ؛ ولا اختلاف في أنه لا يبدأ المعتق (إلى العشر سنين على المعتق)[118] إلى عشرين سنة ! قال في

---

(١١٣) كلمة (انه) ساقطة في الأصل .

(١١٤) في الأصل (ووجه) .

(١١٥) روى البيهقي في السنن الكبرى عن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة أن يبدأ بالعتاقة في الوصية ـ ج ٦ : ٢٧٦ ـ ٢٧٧ .

وأورد الدارمي في سننه بعض آثار في هذا الباب . انظر ج ٢ : ٢٩٧ ـ ٢٩٨ .

(١١٦) كلمة (إنه) ساقطة في الأصل .

(١١٧) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطرين ونصف ـ ساقط في الأصل .

(١١٨) جملة (إلى العشر سنين على المعتق) ساقطة في الأصل .

هذه الرواية ويتحاصون في الثلث ، والمعلوم من مذهب ابن القاسم انه يعتق ما حمل الثلث منهما بالسهم ؛ فهو الذي نص عليه في رسم استأذن من سماع عيسى ؛ ويحتمل أن يفسر بذلك ما في هذه الرواية ، ولا تحمل على ظاهرها من الخلاف المعلوم من مذهبه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الصغير

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول في رجل أخدم عبده رجلًا ، عبداً له إلى أجل ، ثم حضرت المخدم الوفاة ، فأوصى بثلث ماله لرجل ، وبذلك العبد المخدم لرجل آخر ؛ قال يضرب للموصى له بالعبد ، بقيمة العبد في الرجوع يوم يرجع على ما يساوي يومئذ مع صاحب الثلث ، فما أصابه في ذلك الثلث فله ، وتدخل وصيته في جميع الثلث اذا حالت ، وقطع له بالثلث ؛ قال أصبغ وتفسير ذلك أن يكون مبلغ الثلث إذا أضيفت قيمة العبد بعد انقضاء الخدمة إلى التركة (ستين ديناراً) وقيمة العبد على رجوعه من ذلك عشرين ديناراً ؛ فالثلث بينهم أرباعاً ، لصاحب الثلث ثلاثة ، ولهذا واحد ؛ فإذا رجع العبد بعد انقضاء الخدمة ، اقتسما ثلثه على قدر ذلك أيضاً ، لأن ثلثه باقي الثلث ، وثلثاه للورثة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة المعنى ، على ما فسرها به أصبغ ، ومعنى ذلك إذا لم يجز الورثة الوصية ، وقطعوا الموصى لهم بالثلث ؛ وأما إذا أجازوا الوصية ، فلا محاصة في ذلك ، إلا أنه يختلف : هل يلزمهم أن يبدأوا بالعبد على مرجوعه(١١٩) للموصى له به ، وبثلث جميع المال

(١١٩) في ت (رجوعه) .

مع العبد إلى الموصى له بالثلث ؛ أو لا يلزمهم أكثر من أن يبدأوا إلى الموصى له بالثلث ـ ثلث المال سوى العبد ، وبالعبد إلى الموصى له بالعبد على مرجوعه ؛ فيكون ثلثاه للموصى له به ، والثلث بينهما ؛ والأول هو قول سحنون وأشهب ، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، وعلى[١٢٠] رواية علي بن زياد عنه فيها أيضاً ، والثاني هو قول ابن القاسم (في رسم)[١٢١] يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الوصايا ، ولم يختلف إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة دينار ، فأجاز الورثة ذلك في أن عليهم أن يدفعوا الثلث كاملاً للموصى له بالثلث ، والمائة كاملة للموصى (له)[١٢٢] بها ، لا يدخل عليه الموصى له بالثلث في شيء منها ؛ وما اتفقوا عليه ، يقضي على ما اختلفوا فيه ؛ وقد مضى هذا المعنى بزيادة بيان فيه في الرسم المذكور من سماع يحيى من كتاب الوصايا ، وبالله التوفيق .

ومن سماع موسى بن معاوية من ابن القاسم

قال موسى بن معاوية قال ابن القاسم في رجل أوصى لرجل بوصايا ، ولرجل بخدمة عبد ما عاش ، فلم يحمل ذلك الثلث ، ووقع فيها العول ؛ قال يعمر المخدم ثم ينظر إلى قيمة تلك الخدمة على الرجاء والخوف فيها ، أيتم ذلك أو لا يتم ـ لو كانت تواجر لغررها ، فيحاص بها أهل الوصايا فيما قطع لهم من العبد وجميع

(١٢٠) في ت (وروايته) ـ بإسقاط (على) .
(١٢١) جملة (في رسم) ساقطة في الأصل .
(١٢٢) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

ثلث المال ، فيكون لكل واحد منهم الذي أوصى له به في حصته من الثلث ؛ قال ابن القاسم ولو أخدمه عشر سنين ثم هو حر ، بدىء بالعبد ؛ لأنها عتاقة ، ثم يقوم ؛ فإن كان العبد ثلث المال ، قومت تلك العشر سنين بحالها على الرجاء فيها والخوف لها ؛ يقال من يستأجر هذا (العبد)(١٢٣) عشر سنين على أنه إن بقي فله خدمته ، وإن مات لم يرجع بشيء ؛ فعلى هذا تكون قيمة الخدمة ، ثم يتحاصون في الخدمة مع أهل الوصايا بقدر وصاياهم ، وصاحب الخدمة بقيمة الخدمة في خدمة العبد تلك السنين ؛ فإن بلغ ، عتق، وإن مات قبل ذلك، سقطت وصاياهم ؛ قال ابن القاسم ولو فضل عن قيمة العبد فضلة من الثلث ، تحاصوا الخدمة وفيما فضل من الثلث حتى تكون للذي أوصى لهم بالتسمية مما فضل من الثلث والخدمة بقدر ما أوصى لهم ، ويكون للذي أوصى لهم بالخدمة من الخدمة ومما فضل من الثلث بقدر الذي يصيبه من قيمة الخدمة، يتعاولون جميعاً في الخدمة ، وفيما بقي من الثلث على ما فسرت لك ؛ قال ابن القاسم ولو كان العبد أكثر من ثلث الميت خير الورثة في أن يمضوا عتق العبد إلى الأجل ، فإن فعلوا تحاصوا جميعاً في الخدمة، وان أبرأ، عتق منه ما حمل الثلث بتلاً، وسقطت الوصايا والخدمة .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أوصى لرجل بوصايا ، ولرجل بخدمة عبد له ما عاش ، فلم يحمل ذلك الثلث ، ووقع فيها العول ؛ أن المخدم يعمر ثم ينظر إلى قيمة الخدمة على الرجاء والخوف ، فيحاص بها اهل الوصايا فيما قطع لهم من العبد وجميع ثلث المال ، بيّن صحيح على

---

(١٢٣) كلمة (العبد) ساقطة في الأصل .

أصولهم ؛ والوجه في ذلك أن يعمر الموصى له بخدمة العبد ما عاش ، فإن عمر ثمانين سنة ـ وسنه أربعون ، قيل كم قيمة خدمة هذا العبد عشرين سنة على أنه إن مات العبد قبل تمام العشرين سنة ، لم يكن للمستأجر شيء ، فإن قيل عشرة دنانير ـ وقيمة العبد عشرون ، وقد ترك المتوفى أربعين دينار سوى العبد ، وأوصى لرجلين بعشرة ، عشرة ؛ فالثلث على هذا عشرون ، والوصايا ثلاثون عشرة ، عشرة ـ لكل واحد من الرجلين ، وعشرة للموصى له بخدمة العبد ؛ فيكون جميع الثلث بينهم أثلاثاً : ثلث للعبد ، وثلث الأربعين على هذه الرواية في ان الموصى له بخدمة العبد ، يكون حظه في المحاصة شائعاً في جميع الثلث ، وعلى القول بأنه يقطع له فيما أوصى له به ؛ وهو قول ابن القاسم الذي تقدم في رسم جاع من سماع عيسى ، وأحد قولي مالك يكون له ثلث العبد ، ويكون للرجلين الموصى لهما بعشرة ، عشرة ـ ثلث الأربعين بينهما بنصفين[١٢٤] : ستة وثلثان لكل واحد منهما ؛ واختلف إن عاش أكثر مما عمر ـ والعبد حي لم يمت ، هل يعمر ثانية ويرجع على الموصى لهما أم لا ؟ وكذلك اختلف ايضاً إن مات قبل الأجل الذي عمر إليه ، أو مات العبد قبل ذلك ؛ هل يرجع الموصى لهما عليه فيما فضل عنده أم لا ؟ فقيل إنه يرجع عليهما ويرجعان عليه ، وقيل إنه لا يرجع عليهما ولا يرجعان عليه ، وقيل إنهما يرجعان عليه ولا يرجع عليهما ؛ وقد مضى تحصيل الاختلاف في هذا في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا ، وفي رسم العتق من سماع عيسى منه[١٢٥] وفي آخر رسم الوصايا الأول من سماع أصبغ منه ، ولا اختلاف في أن لكل واحد منهما الرجوع على صاحبه ـ إن حمل الثلث الوصية، أو ان[١٢٦] لم يحملها فأجازها[١٢٧] الورثة، وأما إذا أوصى

---

(١٢٤) في ت (نصفين) .

(١٢٥) في ت (عنه) .

(١٢٦) في الأصل (وإن) .

(١٢٧) في ت (وأجازها) .

بخدمة عبده لرجل[١٢٨] عشر سنين ، وأوصى بوصايا ثم هو حر ؛ فإن لم يحمله الثلث ، عتق منه ما حمل الثلث ، وسقطت الوصايا بالخدمة وغير الخدمة ، لأن العتق مبدأ على ما سواه من الوصايا ، ولا اختلاف في هذا ؛ وكذلك لا اختلاف إذا حمله الثلث ـ ولم يكن فيه فضل عنه[١٢٩] في أن[١٣٠] الموصى له بالخدمة يتحاص مع أصحاب الوصايا في الخدمة ، ويعتق بعد انقضائها ؛ واختلف إذا كان في الثلث فضل عن العبد ، فقيل إنه يتحاص مع أصحاب الوصايا في الخدمة ، ويعتق بعد انقضائهما واختلف إذا كان في الثلث فضل عن العبد ؛ فقيل انه يتحاص مع أصحاب الوصايا في الخدمة ويعتق بعد انقضائها إذا كان في الثلث فضل عن العبد ، فقيل إنه يتحاص مع أصحاب الوصايا (في الخدمة)[١٣١] وفيها[١٣٢] فضل عنها ، وهو قوله في هذه الرواية ، وقيل انه يقطع له في خدمة العبد بما نابه في المحاصات وهو قول ابن القاسم في رسم جاع من سماع عيسى ، وقد تقدم القول هناك على ذلك ، وأنه يتحصل فيه ثلاثة أقوال ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال ابن القاسم في رجل أوصى بخدمة جارية له أن تخدم ابنه ما عاش ، فإذا مات تكاتب بعشرين ديناراً ؛ قال ابن القاسم ان وسعها الثلث وقفت لخدمة[١٣٣] الابن إن أجاز ذلك الورثة ، وان أبوا ، اقتسموا خدمتها على فرائض الله ، ما عاش الموصى له ،

---

(١٢٨) في ت (لرجل بخدمة عبده) .

(١٢٩) في ت (فضل فيه عنه) .

(١٣٠) في الأصل (فإن) .

(١٣١) جملة (في الخدمة) ساقطة في الأصل .

(١٣٢) في الأصل (فيما) .

(١٣٣) في ت ق ٣ (بخدمة) .

ومن مات من الورثة فورثته على حقه من الخدمة ، حتى يموت الموصى له بالخدمة ؛ فإذا مات كوتبت بعشرين ديناراً ، فإن أدت ، عتقت وتكون كتابتها بين من ورث الميت على فرائض الله ؛ وان عجزت رقت وكانت رقيقاً بين من ورث الميت على فرائض الله ؛ قال أصبغ ، ويكون ولاؤ ها إن أدت وعتقت للميت الموصي بكتابتها ، وعصبته الذين يرثون الولاء من الرجال ؛ قال ابن القاسم وإن لم يحملها الثلث ، خير الورثة بين ان ينفذوا ما قال ، فتكون موقوفة على الابن في خدمته إلى الأجل ، ويقتسمون الخدمة إن لم يجيزوا له ذلك ، ويكاتبوها بعد ذلك ؛ وبين أن يعتقوا منها ما حمل الثلث بتلاً ، ويسقط عنها الخدمة حتى تتم الوصية ؛ وبين أن يعجلوا لها الكتابة بما قال صاحبهم ؛ قال ابن القاسم وان ابى واحد منهم ، كانوا بمنزلتهم إذا أبوا جميعاً ؛ وان أبى واحد منهم الكتابة أو الخدمةِ الموصى له بالخدمة أو غيره ، اعتقوا منها ما حمل الثلث .

قال محمد بن رشد[١٣٤] : قد مضت هذه المسألة متكررة في رسم الوصايا من سماع اصبغ من كتاب المكاتب ، وسقط منها هناك قول ابن القاسم في آخرها : وان أبى واحد منهم إلى آخر المسألة ؛ وبه تتم المسألة وتصح ، لأنه تفسير ما تقدم من قوله ، ومن قول أصبغ في سماعه من كتاب المكاتب حسبما ذكرناه هناك ، وبالله التوفيق .

تم كتاب الخدمة بحمد اللّه وحسن عونه ، والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً[١٣٥] .

---

(١٣٤) جملة (قال محمد بن رشد) بياض في الأصل ، أثبتناها من ت ق ٣ .

(١٣٥) عبارة (والصلاة الكاملة . . تسليماً كثيرا) ساقطة في ت .

(كتاب العتق الأول)[١]

من سماع ابن القاسم من مالك
من كتاب قطع الشجر

قال وسئل مالك عن رجل قال لغلامه اشتر لنفسك جارية فلتطأها ،[٢] فما ولد لك منها فهو حر ؛ فعمد الغلام فاشتراها من ماله سراً من سيده ، فولد له منها ، ثم علم السيد فأبى أن يعتق الولد وكره له أن يعمل ذلك سراً ؛ قال أرى ولده ذلك حراً ـ وان كان اشتراها سراً ، إلا أن يعلم أن السيد (إنما)[٣] أراد أن يستصلح عبده ولا يغيب عنها[٤] إلى الأرض النائية (التي)[٥] يكره السيد أن يتغرب إليها ، يقول إنما كان اعطاه هذا ليقيم عنده أو ما ولدت له عنده فهو حر ، ولم يرد ما ولدت له في الأرض التي كرهت له أن يذهب إليها ، ويغيب عني فيها ، فهذا وجه هذا ـ عندي ـ والله اعلم .

---

(١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .
(٢) في الأصل (فأطأها) .
(٣) كلمة (إنما) ساقطة في الأصل .
(٤) في ت (عنه) .
(٥) كلمة (التي) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : قوله اشتر لنفسك جارية فلتطأها ـ يريد اشترها بمالك لنفسك ، لأنه إذا اشتراها بماله بإذن سيده ، جاز له أن يطأها ؛ ولو كان مأذوناً له في التجارة ، لكان له أن يشتريها ويطأها وإن لم يأذن له سيده في ذلك ، لأن للعبد المأذون له أن يتسرى في ماله بغير اذن سيده على ما قاله في المدونة ، وعلى[٦] ما جاء من أن عبيداً لعبد الله بن عمر كانوا يتسرون في أموالهم ولا يستأذنونه ؛ وقد روى محمد بن يحيى السبائي عن مالك أن العبد لا يتسرى في ماله إلا بإذن سيده، ومعنى ذلك في غير المأذون له في التجارة حتى تتفق الروايات ؛ وقد وقع في بعض الروايات اشتر لنفسك جارية بمالي أو بمالك ، والرواية بإسقاط ذلك أصوب ، لأنه لا يجوز له أن يطأها بمال السيد ـ وان كان السيد قال له اشترها لنفسك بمالي تطؤها ، إلا أن يكون وهبه[٧] الثمن على ما قاله في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، أو أسلفه إياه على ما قاله في رسم الطلاق من سماع أشهب منه ؛ لأنه إذا قال له اشترها من مالي لنفسك تطؤها ، فلم يملكه رقبتها ، وإنما أذن له في شرائها لنفسه ليطأها ، وذلك تحليل منه له فرجها ؛ وقول السيد فما ولد لك منها فهو حر ، ايجاب أوجبه على نفسه يلزمه بظاهر قوله فعل ذلك في بلده بعلم سيده ، أو في غير بلده سراً من سيده ، فلا يصدق السيد أن فعل العبد ذلك سراً من سيده في غير بلده ـ في أنه لم يرد ذلك ، إلا أن يعلم قصد السيد إلى استصلاح عبده بذلك لئلا يغيب (عنه)[٨] بأن يعلم أنه كان كثير المغيب[٩] عن مولاه ، فاستماله بما وعده به من عتق ولده ، لئلا يغيب عنه ؛ فإذا غاب عنه وتسرى في بلد آخر وولد له فيه ، لم يلزمه[١٠] العتق ، لمغيبه

---

(٦) في الأصل (على) .

(٧) في الأصل (وهب له) .

(٨) كلمة (عنه) ساقطة في الأصل .

(٩) في ت (التغيب) .

(١٠) في الأصل (يلزمه فيه العتق) ـ بزيادة (فيه) .

عنه ، ومخالفته[١١] ما جرى عليه بساط يمينه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن قال إن ولد لي ولد ذكر ، فرقيقي أحرار ، وكانت امرأته حاملاً فأراد أن بيعهم وهبتهم ، قال لا يبيع منهم شيئاً وهم أحرار ـ ان ولدت ذكراً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه لا يبيع منهم شيئاً ـ إن كانت امرأته يوم قال هذا (القول)[١٢] حاملاً ، لأنه نذر عتقهم إن وضعت[١٣] امرأته ذكراً ؛ فوجب ألا يخرجهم عن ملكه حتى يعرف ما تضع ، ولو لم تكن امرأته يوم قال هذا القول ـ حاملاً ، لتخرج جواز بيعهم على اختلاف[١٤] قول مالك ، وابن القاسم في الذي يقول عبدي حر إن قدم فلان ؛ فمالك لا يرى أن يبيعه ، وابن القاسم لا يرى ببيعه بأساً ؛ ولا فرق بين المسألتين ، لأنه لا يدري متى يقدم فلان؟ وهل يقدم أو لا يقدم؟ وهل يولد له ذكر أو لا يولد له ذكر ؟ ولا يقع شيء من ذلك باختياره ؛ ولو قال إن فعلت كذا أو فعل فلان كذا وكذا ، فعبيدي أحرار ، لم يمنع من بيع ولا وطء ، لأنه على بر ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال مالك من اشترى عبداً بثمن إلى أجل وجعله حراً ـ إن لم يقضه إلى ذلك الأجل ، لا يباع حتى يحل الأجل ويدفع إليه حقه ؛

---

(١١) في الأصل (ولمخالفته) .

(١٢) لفظة (القول) ساقطة في الأصل .

(١٣) في الأصل (ولدت) .

(١٤) في ت (خلاف) .

فإن جاء الأجل وعليه دين محيط برقبة العبد لم يعتق ، وكان البائع أحق به من غيره من الغرماء .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يباع حتى يحل الأجل ، هو مثل ما في المدونة وغيرها في الحالف بعتق عبده ليفعلن فعلاً إلى أجل ، أنه لا يباع حتى يحل الأجل فيبر أو يحنث ، لأنه مرتهن بيمينه في البيع ، ولو كاتب[١٥] أمة ، كان له أن يطأها على أحد قولي مالك في المدونة . وقوله إن الأجل إذا حل وعليه دين محيط برقبة العبد لم يعتق ، وكان البائع أحق به من غيره من الغرماء ، صحيح لا اختلاف فيه ـ إن كان الدين الذي عليه سوى ثمن العبد يحيط برقبة العبد ، لأنه إذا وجب رد العتق بسبب الدين ، كان البائع أحق به ؛ وأما إذا لم يحط برقبة العبد ، أو لم يكن عليه دين سوى ثمن[١٦] العبد ـ والبائع هو الذي استحلفه ؛ فقيل إنه لا يرد عتقه في الثمن للبائع ، لأنه لما استحلفه فقد رضي بعتقه فيتبعه بدينه ويعتق العبد كله ـ إن لم يكن عليه دين سوى ثمنه ؛ وان كان عليه دين سوى ثمنه ، بيع منه بالدين وأعتق الباقي ؛ وان كان الدين الذي عليه سوى ثمن العبد يحيط برقبة العبد ، كان البائع أحق به ، وان شاء أن يتركه ويحاص الغرماء بالثمن فيه ، كان ذلك له ، وهو قول ابن وهب ؛ وقيل إنه يرد عتقه في الثمن وان كان البائع هو الذي استحلفه ؛ وهو قول ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى ؛ ووجهه أن البائع يقول رجوت أن يكون له وفاء إن حنث عند الأجل ، ولو لم اطمع بذلك ما استحلفته ؛ واختلف على هذا القول إن أراد البائع لما حل الأجل أن يؤخره بدينه ، ويقر العبد بيده لعله يجد وفاء فيعتق ؛ فقال ابن القاسم في المدينة[١٧] ذلك له ، لأنه خير للعبد ؛ وروى محمد بن يحيى السبائي عن

---

(١٥) في ت (كانت) .

(١٦) في الأصل (ثمن رقبة العبد) ـ بزيادة (رقبة) .

(١٧) في ت (المدونة) .

مالك فيها أن ذلك ليس له ؛ لأن العتق قد وجب بحلول الأجل ، إلا أن يرده البائع بدينه ، فإن أخره به ، أعتق العبد ؛ وليس له أن يؤخره بالثمن ويقر العبد بيده فيحرمه العتق ، وهو القياس ؛ وقول ابن القاسم استحسان ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال مالك فيمن فر عبده ـ يعني لحق بالعدو ، فقال اخرج إلي يا فلان ـ وأنت حراً ثم خرج ، فقال إنما أردت أن أستخرجك ؛ فقال أن كان أشهد أنه أراد أن يقول ذلك ليستنقذ عبده ويأخذه ؛ فلا عتق عليه ؛ وان لم يشهد ، فهو حر .

قال محمد بن رشد : هذا أصل مختلف فيه ، قد قال مالك في رسم أخذ يشرب خمراً من كتاب المديان والتفليس في الذي يكون له على الرجل الحق فيجحده ويدعوه إلى الصلح ، فيصالحه ـ وشهوده غيب ؛ ويشهد في السر أنه إنما يصالحه لأنه جحده ، فخاف أن يذهب حقه ، وأنه على حقه إذا حضرته بينته ؛ أن الصلح يلزمه ولا ينتفع بذلك . وقال أصبغ في نوازله من كتاب الدعوى والصلح : إنه ينتفع بالإشهاد في الغيبة البعيدة ، والتحرز من هذا الاختلاف : يكتب في كتب الاصطلاحات : وأسقط عنه الاسترعاء (والاسترعاء)[١٨] في الاسترعاء ؛ ومن الكتاب من يزيد ما تكرر وتناهى ولا معنى له ؛ لأن الاسترعاء هو أن يشهد قبل الصلح في السر أنه إنما يصالحه لوجه كذا، فهو غير ملتزم للصلح؛ والاسترعاء في الاسترعاء، هو أن يشهد أنه لا يلتزم الصلح ، وأنه متى صالح وأشهد على نفسه في كتاب الصلح أنه أسقط عنه الاسترعاء في السر فإنه لا يلتزم ذلك ، ولا يسقط عنه القيام به ، فلا يتصور في ذلك منزلة ثالثة ؛ وهذا الاسترعاء في السر ، إنما ينفع عند من يراه

---

(١٨) كلمة (والاسترعاء) ساقطة في الأصل .

نافعاً فيما خرج على غير عوض ؛ وأما ما خرج على عوض من العقود كلها ، فلا اختلاف في أن الاسترعاء فيها غير نافع ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال مالك إذا قال الرجل لعبده اعمل لي كذا وكذا ـ وانت حر ، فرد ذلك العبد ؛ قال سحنون يعني لم يقبل العبد فرده على سيده ، ثم بدا له فقال أنا أعمله ، فقال ليس ذلك له .

قال محمد بن رشد : في قوله فرد ذلك العبد ، دليل بيِّن على أن السيد لا يجبر عبده على الكتابة ؛ وقد روي عنه أن له أن يكاتبه كرهاً ، حكى ذلك عنه اسماعيل القاضي في كتاب الأحكام له ؛ والاختلاف في ذلك أيضاً من قول ابن القاسم قائم من المدونة ـ حسبما قد ذكرناه في هذا الكتاب ؛ ووجه قول من قال إن له أن يجبره على الكتابة ، هو إنه إذا كان له أن يؤاجره السنة والسنتين ، ويأخذ أجرته وهو باق على رقه ، فيكاتبه مدة معلومة على مقدار ما يعلم إنه يطيق إداءه في تلك المدة من عمله ، واكتسابه لازم له ، ليس له ان يمتنع منه ؛ لأن ذلك يمضي به إلى الحرية من غير ضرر يلحقه فيه وقوله في الرواية انه إذا رد فليس له أن يرجع إلى القبول ، بيِّن صحيح على القول بأنه يجبره على الكتابة ، وعلى القول بأنه لا يجبره عليها ؛ لأنه على القول بأنه يجبره على الكتابة كالتمليك في الطلاق الذي للرجل أن يجبر زوجته عليه ، فإذا ملكها واختارت زوجها ، لم يكن لها أن ترجع إلى اختيار نفسها ؛ وعلى القول بأنه لا يجبره على الكتابة كالسبايعة لو قال الرجل للرجل إن شئت سلعتي هذه فهي لك بكذا وكذا ، فرد ذلك وقال لا أشاؤ ها بذلك ، لم يكن له أن يرجع إلى قبولها وأخذها بذلك الثمن ، إلا أن يشاء البائع ؛ ولو افترقا من المجلس قبل أن يرد ذلك العبد ، أو يقبل في الذي قال له سيده كذا وكذا ـ وانت حر، لم يكن له ان يقبل بعد انقضاء المجلس قولاً واحداً على القول بأن الرجل ليس له أن يجبر عبده على الكتابة ؛ لأن ذلك كالمبايعة لو قال الرجل

للرجل لك سلعتي بكذا وكذا ، فلم يقبل حتى انقضى المجلس ، لم يكن له بعد المجلس قول ؛ وأما على القول بأن الرجل يجبر عبده على الكتابة ، فيكون له القبول بعد انقضاء المجلس على القول بأن للمملكة أن تقضي بعد إنقضاء المجلس ، ما لم توقف فترد ؛ وقد.قال ابن دحون إن قول مالك في الرجل يوصي بتخير[١٩] أمته فتختار الرد، أن لها أن ترجع إلى العتق ـ ما لم تبع ؛ معارض لهذه المسألة ، وليس ذلك بصحيح ؛ لأن تخيير[٢٠] الرجل أمته بين العتق والبيع ، بخلاف الوصية لها بذلك ، لأن مواجهته اياها بالتخيير ، يقتضي الجواب منها بالرد أو القبول ، وليس كذلك الوصية لها بذلك ؛ وقد مضى بيان هذا في سماع عيسى من كتاب الوصايا ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال إذا أعتق الرجل في مرضه ولم يجد إلا شاهداً واحداً[٢١] على عتقه ، فاليمين[٢٢] على الورثة ما علموا بعتق صاحبهم .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة ، ظاهره أنه أوجب عليهم اليمين ، ما علموا ، وإن لم يحقق عليهم الدعوى بأنهم علموا[٢٣] ، وذلك إذا كانوا ممن يظن منهم أنهم علموا على ما قال في كتاب العيوب والأقضية من المدونة ، وقد قيل إنه لا يمين عليهم إلا أن يدعي عليهم العلم ، وهو الذي يأتي على ما في كتاب النكاح الثاني وكتاب بيع الغرر ؛ والاختلاف

---

(١٩) في ت (تخيير) .
(٢٠) في ص ق ٣ (تخير) .
(٢١) كلمة (واحداً) ساقطة في ت ق ٣ .
(٢٢) في ص ق ٣ (فلا يمين) ـ هكذا بالنفي ، وعبارة الشارح تقتضي الإثبات (فاليمين) ـ وهو ما في نسخة ت .
(٢٣) في الأصل (فاعلموا) .

في هذا على اختلافهم في لحوق يمين التهمة ، لأنها يميـن تهمة ، وقد وقع لأصبغ في رسم محض القضاء من سماعِه أن اليمين لا تجب على الورثة للعبد وإن حقق الدعوى عليهم في العلم . وكان له شاهد على الميت بالعتق ـ وهو بعيد ، وأما إذا لم يكن له شاهد على الميت بالعتق ، فلا يجب له على الورثة اليمين ـ وإن ادعى عليهم العلم ، وحقق به الدعوى عليهم ، لأن اليمين إذا لم تجب على السيد ، فأحرى ألا تجب على الورثة ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال ابن القاسم في العبد يعتق ـ يريد في الوصية ثم يمرض العبد مرضاً شديداً يخاف عليه ؛ أرى أن يعتق إذا اجتمع المال لا يؤخر لمرضه إذا اجتمع المال ، ولا يعجل لمرض إن تأخر المال .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن المال إذا اجتمع ، وجب أن تنفذ الوصية له بالعتق ، ولا يؤخر ذلك رجاء أن يصح ـ مخافة أن يموت فتبطل الوصية ؛ وإذا لم يجتمع المال ، لم يصح أن يعتق مخافة أن يموت ؛ ولعل المال يهلك[٢٤] ولا يجتمع ، فيكون قد أعتق وهو لا يخرج من الثلث ، ولا أن يعتق منه ما حمل الثلث ما اجتمع من المال فيبعض العتق ؛ وإن دعا إلى ذلك العبد على مذهبه في المدونة خلاف قول أشهب ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل مالك عمن قال لغلام لأبيه في حياة أبيه يوم أملكك فأنت حر ، فهلك الأب وملكه ؛ قال أو كان قال ذلك له يوم قاله وهو سفيه ، فلا أرى له عتقاً ؛ وإن كان يومئذ حليماً ، فأراه يعتق عليه .

---

(٢٤) في الأصل (هلك) .

قال محمد بن رشد : هذا هو المعلوم في المذهب المشهور من قول مالك وجميع أصحابه ، أن من أعتق ما لم يملك بشرط ملكه إياه ، أو طلق ما لم ينكح بشرط نكاحه إياها ، أن ذلك لازم له إذا خص ولم يعم ؛ والأصل في لزوم ذلك له ، قول الله عزوجل : ﴿ومنهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين ـ إلى قوله وبما يكذبون﴾[٢٥] ومن أهل العلم من ألزمه ذلك خص (أو عم)[٢٦] وهو القياس ؛ ومنهم من لم يلزمه ذلك ـ خص أو عم ـ تعلقاً بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك[٢٧] . وتفرقة مالك بين أن يخص أو يعم استحسان ، فتفرقته في الرواية (بين أن يكون)[٢٨] يوم قاله سفيها أو حليما ـ صحيحة بينة ، لأن السفيه لا يلزمه العتَق لكونه محجوراً عليه في ماله بقول الله عز وجل ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾[٢٩] الآية وإنما موضوع الكلام هل هو محمول على الرشد في حياة أبيه حتى يعلم سفهه ، أو على السفه حتى يعلم رشده ؛ فالمشهور أنه محمول على السفه حتى يعلم رشده ، وهو نص[٣٠] قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه من كتاب الصدقات والهبات ؛ وقيل إنه بالبلوغ محمول على الرشد حتى يعلم سفهه على ظاهر قوله في كتاب النكاح الأول من المدونة إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ، وقد مضى الكلام على هذا في غير ما موضع من هذا الكتاب وغيره ، وباللّٰه التوفيق .

---

(٢٥) الآيات : ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ـ من سورة التوبة .

(٢٦) لفظة (أو عم) ساقطة في الأصل .

(٢٧) رواه ابن ماجه من حديث المسور .

انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٦ : ٣٣٢ .

(٢٨) جملة (بين أن يكون) ساقطة في الأصل .

(٢٩) الآية : ٥ ـ من سورة النساء .

(٣٠) سقطت كلمة (نص) في ت .

ومن كتاب القبلة

وقال في امرأة كان لزوجها امرأة أخرى فآثر الأخرى عليها[٣١] في مبيت ليال، فقالت إن بت معك تحت سقف بيت حتى تبيت معي مثل ما بت عند الأخرى ، فجاريتي حرة لوجه الله ؛ قال مالك يبيت معها في غير بيت في حجرة ويترك الأخرى حتى يفرغ من تلك الليالي . قال أصبغ أراها حانثة حيثما بات معها ، لأنها إنما حلفت على الاجتناب والمنع حتى يفعل ؛ ولا يبرها أن تبيت معه في الحجرة ؛ ولو باتت معه في جوف الماء ، لرأيتها حانثة ، قال أصبغ والذي يبرها ـ عندي ـ أن تبيت معه في الحجرة قدر الأيام التي كان عند صاحبتها ولا يمسها فيها ، فإن مسها ، حنثت ؛ فإذا[٣٢] فرغ منها ، بات معها في البيت ، إلا أن تكون صمدت لنفسها صمداً المصاب في الحجرة ، فلا تبر حتى يصيبها في الحجرة (في)[٣٣] تلك الليالي .

قال محمد بن رشد : قول مالك في هذه المسألة[٣٤] بين ، لأن الذي يدل عليه بساطها الذي خرجت يمينها عليه ، إنها لما آثر عليها الأخرى ، أرادت أن تعاقبه على ذلك بأن لا تبيت معه تحت سقف حتى يوفيها عدد الأيام التي آثر عليها فيها الأخرى ؛ فإذا بات معها في الحجرة عدد تلك الأيام ، برت في يمينها ـ كما قال ـ أصابها فيها أو لم يصبها ؛ إلا أن تكون نوت أن يصيبها

(٣١) في ت ق ٣ (عليها الأخرى) .

(٣٢) في ت (فلان) .

(٣٣) كلمة (في) ساقطة في الأصل .

(٣٤) في الأصل (الرواية) .

فيها أو لا يصيبها فيها ، فتكون في ذلك على نيتها والنية (في ذلك)[٣٥] محتملة للوجهين ، إذ قد يحتمل أن تكون أرادت معاقبته[٣٦] على ما فعل من الإيثار عليها ، بأن لا تبيت معه تحت سقف بيت ، مع أن يصل منه في تلك الليالي إلمام بها إلى ما عسى أن يكون ألم به من الأخرى ، ويحتمل أيضاً أن تكون أرادت معاقبته على ذلك بأن تحرمه في عدد تلك الليالي الميت معها تحت سقف البيت ، والمصاب لها فيها ، وعلى هذا حمل أصبغ يمينها فقال أنها حانثة ، حيثما بات معها ولو في جوف الماء - إن أصابها فيها ، ورأى أن الذي يبرها أن تبيت معه في الحجرة عدد تلك الليالي ولا يصيبها فيها ؛ فحمل يمينها على غير المصاب ، إلّا أن تكون نوت المصاب ، ورأى مالك إذا لم يكن لها نية إنها تبر - أصابها أو لم يصبها ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم سمعت مالكاً يقول بلغني أنه قتل طلحة بن عبيد الله ، وابنه محمد بن طلحة يوم الجمل ، فاختصموا في ميراثه ، فلم يورث[٣٧] أحد منهم من صاحبه ، فأصلحت بينهم عائشة .

قال محمد بن رشد : هذا هو مذهب مالك وجميع أصحابه ، والشافعي وأصحابه ، وكافة أهل المدينة ، وأكثر أهل العلم أن المتوارثين إذا ماتا جميعاً بغرق ، أو هدم ، أو قتل ، أو موت في بلدين ، فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه ، إنه لا يورث[٣٨] أحد منهما من صاحبه ، ويكون ميراث كل واحد منهما لورثته من الأحياء ، لأن الميراث لا يكون بالشك ، ومن أهل

---

(٣٥) جملة (في ذلك) ساقطة في الأصل .

(٣٦) في الأصل (معاقبتها) .

(٣٧) ثبت في سائر النسخ (أحداً) - بالنصب ، ولعل الصواب ما أثبته .

العلم من ذهب إلى أنه يورث كل واحد منهما من صاحبه فيما كان له من مال ، دون ما ورثه عنه ، مثال ذلك أن يموت رجل وابنه ولكل واحد منهما ولد ، ولا يدرى من مات منهما قبل صاحبه ، ويترك كل واحد منهما ستين ديناراً ، فيورث(٣٨) الأب من ابنه سدس الستين التي ترك عشرة ، ويورث(٣٨) الابن من أبيه نصف ما ترك إن لم يكن له إلا أخ واحد ـ ثلاثين ، فيحصل لولد الابن ثمانون ديناراً ، ولولد الأب(٣٩) أربعون ، إذ لا يجعل لواحد منها ميراث فيما ورثه عنه ، وهذا هو أحد قولي أبي حنيفة ، ومذهب سفيان الثوري ، وجماعة سواهما ؛ وفي ذلك بين الصحابة اختلاف أيضاً ، فلكلا القولين وجه ، فوجه القول الأول هو ما تقدم من أنه لا يورث بالشك ، ووجه القول الثاني أنه لا يقطع ميراث أحد بشك ؛ لأن ميراث أحدهم واجب لصاحبه بلا شك ، فلا يقطع ميراث واحد منهما بشك ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال ابن القاسم وسمعت مالكاً يقول العقب : الولد الذكور والإناث من ولد الصلب، وولد ولدهم من الذكور والاناث من ولد الذكور .

قال محمد بن رشد : هذا ما لم يختلف فيه قول مالك ، ولا قول أحد من أصحابه المتقدمين ، كلهم يقول إن عقب الرجل إنما هو من يرجع نسبه إليه من ولده وولد ولده ـ وإن سفلوا ؛ فبنت الرجل من عقبه ، وبنت ابنه وبنت ابن ابنه ـ وان سفل ؛ لأن كل واحدة منهن تنتسب إليه وترثه إذا لم يكن فوقها من يحجبها ؛ وليس ولد بنت الرجل ذكراً كان أو أنثى من عقبه ، لأنه لا ينتسب إليه ولا يرثه ؛ وإنما هو من عقب بنته ، فالأصل في هذا عند مالك

(٣٨، ٣٨، ٣٨) في ت (يرث) .

(٣٩) في ت (الابن) .

مراعاة النسب والميراث ، فإذا أوصى الرجل لولد رجل ، أو لعقبه ، أو حبس على ولد رجل ، أو على عقبه ، لم يدخل في ذلك أولاد البنات عند مالك ، واختلف الشيوخ بالتأويل على مذهبه في الذرية ، فمنهم من قال (إنه)[٤٠] لا فرق على مذهب مالك بين الولد والعقب والذرية والنسل ، لأن ولد البنات لا يدخلون في ذلك ؛ ومنهم من قال إنهم يدخلون في الذرية والنسل على مذهبه ، ولا يدخلون في الولد والعقب ، وقد فرغنا من تفسير هذه المسألة في غير هذا الكتاب ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب حلف ألا يبيع رجلاً (سلعة)[٤١] سماها

وسئل عن رجل حلف بعتق رقيقه في شيء ألا يفعله ، فأراد فعل ذلك ، وأراد أن يتصدق برقيقه على ولده وأمه صدقة صحيحة ليس فيها دلسة ؛ قال لا ، حتى يبيعهم في الأسواق ؛ قال ابن القاسم قيل لمالك فإن الرجل الحالف قد فعل ، قال فما أراه[٤٢] يخرج من المأثم . قال ابن القاسم وأرى ان كانت صدقة صحيحة تحاز عنه ، فأرجو أن يكون خفيفاً ، وإن كان شيئاً يليه فأراه حانثاً . قال سحنون وعيسى إن تصدق بها على ولده الكبار فلا حنث عليه ، وإن كانوا صغاراً ، فإنه حانث ـ ولي هو حيازتها ، أو جعل ذلك إلى غيره يحوزها لهم ، فأراه حانثاً .

قال محمد بن رشد : قوله لا حتى يبيعهم في الأسواق ، معناه أنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك ، وقول مالك إن فعل ، فما أراه يخرج من المأثم ؛

---

(٤٠) سقطت كلمة (انه) في الأصل .

(٤١) كلمة (سلعة) ساقطة في الأصل .

(٤٢) في الأصل (أن يخرج) .

يدل على أنه لا يحنث عنده فيهم فيعتقون عليه ، ومعناه إذا فعل ذلك الشيء ـ إذا حلف بعتق رقيقه ألا يفعله بعد أن حاز ولده وأمه عنه الرقيق بالصدقة ، وأما لو فعل ذلك الشيء قبل أن يحاز عنه الرقيق بالصدقة ، لوجب أن يعتقوا عليه على قياس قول ابن القاسم وروايته عن مالك في الذي يتصدق بالعبد ثم يعتقه ، إن العتق أولى به من الصدقة ، وقد مضى الكلام على ذلك في سماع محمد بن خالد من كتاب الصدقات والهبات ، وهذا في الولد الكبير ، وأما الولد الصغير فالحنث يلزمه فيهم وإن حوَّزهم غيره[٤٣] على ما قاله سحنون وعيسى ، يريدان إن كان لهما مال ويغرم لهما القيمة ، فقولهما تفسير لقول ابن القاسم : ففي الولد الكبير إن حاز لم يحنث فيهم ، ولم يلزمه العتق ، وإن لم يحز حنث فيهم ولزمه العتق ، ولم يكن للولد شيء ، وفي الولد الصغير إن كان له مال حنث فيهم[٤٤] ولزمه العتق ، وكانت عليه القيمة ، كما لو أعتقهم وولي هو حيازتهم ، أو جعل ذلك إلى غيره ؛ وإن لم يكن له مال لم يحنث فيهم ، ولم يلزمه عتقهم ؛ هذا تحصيل القول في هذه المسألة وقد كان بعض الناس يحمل الروايات على ظاهرها من الخلاف ، فيقيم منها ثلاثة أقوال ، أحدها : إن الحنث لا يقع عليه فيهم بعد الصدقة بهم ـ كان الولد صغيراً أو كبيراً ، بدليل قوله أولاً فما أراه يخرج من المأثم . والثاني الفرق بين أن يكون الولد صغيراً أو كبيراً ـ على ظاهر قول سحنون وعيسى . والثالث الفرق بين أن تحاز عنه الصدقة ، أو يكون هو الذي يليها ـ كان الولد صغيراً أو كبيراً ـ على ظاهر قول ابن القاسم ، وليس ذلك ـ عندي ـ بصحيح ، وخشي عليه الإثم بالفرار من الحنث بالصدقة بهم[٤٥] على مثل أمه وولده الذي يعلم أنه لو أراد عتقهم بالحنث فيهم بعد أن تصدق بهم عليهم ، لم ينازعوه في ذلك ، وبالله التوفيق .

---

(٤٣) في ت (غيرهم) .

(٤٤) في الأصل (فيه) .

(٤٥) في الأصل (لهم) .

ومن كتاب أوله شك في طوافه

وسئل مالك عمن قال كل مملوكاً لي ذكر حر ، يريد بذلك الرجال ، قال ذلك على ما أراد ولا يضره ما قال : كل مملوك لي حر - إذا قال رجل ، أو أراد بذلك الرجال - ولم[٤٦] يرد بذلك النساء ، قال سحنون ولو قال ممالكي أحرار ولا نية له ، عتق ذكور رقيقه دون إناثهم ، قيل له ولو قال رقيقي أحرار ، فقال هذا خلاف عندي ، وأرى أن يعتق ذكور رقيقه وإناثهم ؛ قيل له فلو قال عبيدي أحرار وكل عبد لي حر ، قال ليس يعتق عليه في هذا إلا ذكور عبيده دون الاناث ، وهو بمنزلة من حلف ألّا يأكل عجوة[٤٧] ، فأكل صيحانياً[٤٨] .

قال محمد بن رشد : كذا وقع في هذه المسألة في بعض الروايات كل مملوك له ذكر حر ، وسقط من بعضها ذكر ، وسقوطه هو الصواب ؛ لأنه إذا قال ذكر لم يحتج أن ينوي ذلك ، وقوله ذلك على ما أراد ولا يضره ما قال : كل مملوك لي حر - إذا قال رجل ، أو أراد بذلك الرجال - ولم يرد به النساء ، يدل على أنه يقبل منه نيته ويصدق فيها - وإن كانت على قوله بينة ، وذلك خلاف ظاهر ما في المدونة من أنه قال كل مملوك لي حر - وله مكاتبون ، ومدبرون ، وأمهات أولاد ، أنهم يعتقون عليه كلهم ، وأما قول سحنون فيمن قال ممالكي أحرار أو كل مملوك لي حر ، أو عبيدي أحرار ، أو

(٤٦) في الأصل (لم) وفي ت (أو لم) - ولعل الصواب ما أثبته (ولم) .
(٤٧) العجوة : ضرب من التمر وهو أجوده ، انظر اللسان والتاج (عجا) .
(٤٨) الصيحاني : نوع من التمر ، وهو أسود صلب المضغة .
انظر اللسان (صيح) .

كل عبد لي حر، أنه محمول على الذكران دون الإناث ، فهو بعيد، لأنه لفظ يقع على الذكران والاناث ، قال تعالى : ﴿ وما ربك بظلام للعبيد ﴾(٤٩) أراد الذكر والانثى ، وقد حكى عنه ابنه أنه رجع عن ذلك فقال يعتق الذكور والاناث ـ ولو أتى مستفتياً على القول بأنه يقع على الذكر والأنثى ، فقال أردت الذكر والأنثى لنري في ذلك قولاً واحداً ؛ وأما إذا قال: رقيقي أحرار، فلا اختلاف في وقوعه على الذكر والأنثى ، ولا في أنه لا ينوى في ذلك ـ إن ادعى أنه أراد الذكران أو الاناث ، إلا أن يأتي مستفتياً . وقوله في الرواية إذا قال رجل وأراد بذلك الرجال ، صوابه إذا قال رجل أو أراد بذلك الرجال ، فالواو ههنا بمعنى أو، لأنه إذا قال رجل فلا يحتاج أن ينوى في ذلك ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل مالك عن الرجل يحلف في جارية له إن وطئها فرقيقه أحرار ، فأراد وطئها فوهب رقيقه لولده ، ثم أتى الجارية فوطئها ؛ قال ما أحب له إلا أن يبيعهم في السوق ، فأما أن يعطيهم ولده فلا ، قيل له فإنه فعل ووطىء ، قال ما أرى ذلك له مخرجاً ، فقيل له أتراهم أحراراً فوقف وقال ما أرى ذلك مخرجاً له ، قال سحنون مثله ؛ قال عيسى إن كانوا صغاراً ، يحنث ؛ وإن كانوا كباراً ، فلا حنث عليه ؛ قال أصبغ وهو قول ابن القاسم ، قيل لعيسى سواء عندك إن حازها الأب على ولده الصغار فكانت على يديه ، أو جعلها على يدي غيره يحوزها لهم ، فهو حانث ؟ قال نعم ؛ وقد ذكر ابن القاسم في كتاب حلف ألا يبيع سلعة سماها من قول مالك مثل هذا سواء ، وزاد فيها ابن القاسم من عنده وقال أرى إن كانت صدقة

---

(٤٩) الآية : ٤٦ ـ من سورة فصلت .

صحيحة تحاز عنه، فأرجو أن يكون خفيفاً، وإن كان شيئاً يليه فأراه حانثاً .

قال محمد بن رشد : قال مالك في هذه الرواية في الهبة مثل ما تقدم من قوله في رسم حلف في الصدقة ، فدل ذلك على ألاّ فرق عنده بين الهبة والصدقة ـ وإن كانت الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر ، ورأيت لابن دحون أنه قال لا تجوز هبته للكبار ، لأن له الاعتصار ، إلا أن يقول لله أو للثواب ، فيجوز ذلك ؛ ومعنى قوله أنه لا تجوز هبته للكبار ، من أجل أن الصدقة تعتصر ؛ كما لا تجوز الصدقة على الصغار[٥٠] ، من أجل أن للأب أن يعتق عبد ابنه الصغير ، وأن يوصي بعتقه وأن يحلف بعتقه ـ إذا كان له مال ، وليس قوله ـ عندي ـ بصحيح ، لأن الهبة مال له موهوب له حتى تعتصر، فإذا خرج العبيد عن ملكه بالهبة ، وجب ألا يحنث فيهم ـ وإن كان له أن يعتصرهم ؛ إلا أن يكون وهبهم ونيته الاعتصار بعد أن يطأ جاريته ، فلا يخرجه ذلك من يمينه ، ويحنث فيهم وإن كان قد وهبهم ، كما إذا تصدق بهم على وجه الدلسة ليسترجعهم بعد الحنث ، فلا يبر بذلك ، ويعتقون على معنى ما تقدم في رسم حلف ، وما وقع في هذه الرواية من أن سحنون يقول مثل قول مالك ، وان ابن القاسم يقول مثل قول عيسى ، يبين صحة ما ذهبا إليه من أن تفسير كلام بعضهم ببعض ، ولا يحمل على ظاهره من الخلاف ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عن رجل سأل رجلاً أمراً يخبره[٥١]، فقال فاحلف أنك لا تخبره أحداً ، ولتكتمه[٥٢] ، قال كل مملوك لي حر ـ إن

---

(٥٠) في الأصل (الكبار) ـ وهو تحريف ظاهر .

(٥١) في ت (يخبره به) ـ بزيادة (به) .

(٥٢) في ت (ولتكتمنه) .

أخبرت به أحداً ، واستثنى في نفسه - إلا فلاناً . أترى ذلك له ثنياً ؟ قال لا ، ولا أرى الثنيا إلا ما حرك به لسانه ؛ فأما استثناؤه في نفسه ، فلا أرى ذلك له ثنياً[٥٣] . وسئل مالك عن هذا ، فقال إن حرك به لسانه فله ثنياه ؛ قيل لابن القاسم فإن لم يعلم المحلوف له ، قال نعم وليس عليه أن يعلمه ؛ سحنون لم يكن في كتابه وأنكره ، ورأى أن ليس له ثنيا - وان حرك به لسانه ، لأن اليمين للذي استحلفه ولم يعجبه قول مالك فيها .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة بعينها متكررة في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب النذور ، ومضى الكلام عليها هناك مستوفى ، فاكتفينا بذلك عن إعادته مرة ثانية هنا ؛ ومضت أيضاً في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الايمان بالطلاق ، وفي غيرما موضع ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن المرأة تعتق الرجل فيموت المعتق وثَم ولدها وأخوها ، من ترى أحق بالصلاة عليه ؟ قال ابنها ، ما لأخيها وما له ، ابنها أحق بميراثها والصلاة عليها ، (ومن أعتقت كذلك)[٥٤] .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن ابن المرأة أحق بها من أخيها في ميراثها والصلاة عليها ، فهو أحق بالصلاة على مولاها ، وإنما الاختلاف إن أراد الابن أن يقدم أجنبياً ، أو من هو أبعد من الأخ ، فقيل ذلك له لأنه حقه يجعله لمن شاء ؛ وهو قول ابن الماجشون وأصبغ في الواضحة ، ودليل ما في آخر أول[٥٥] رسم من سماع أشهب من كتاب الجنائز ؛ وقيل ليس

---

(٥٣) في ت (شيئاً) .

(٥٤) ما بين القوسين ساقط في الأصل ، والمعنى يقتضيه .

(٥٥) سقطت كلمة (أول) في ت .

ذلك له ، والأخ أولى من الأجنبي الذي قدمه الابن ، لأن الابن إذا أبى أن يأخذ حقه ، وجب لمن بعده ، كالشفيع ؛ إذ لو وجبت له الشفعة ، إنما له أن يأخذ أو يترك ، وليس له أن يعطي حقه لمن شاء ، وهو قول ابن عبد الحكم ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عن رجل ابتاع عبداً بثمن ، فكساه إزاراً ثمنه ثمانية دراهم ، فكلمه رجل في أن يبيعه منه ، فحلف بحريته إن[٥٦] باعه منه بربح خمسة دراهم حتى يزاد ، وكانت نيته ما زاد من قليل أو كثير أن يقبله، فزاده درهماً؛ أترى عليه شيئاً لموضع الإزار الذي كساه ـ وقد بعته منه وقلت له نسأل عن يمينه ، فإن لم يكن[٥٧] عليّ شيء فهو لك ؛ وإن كان عليّ شيء ، فإن شئت أن تأخذه على ذلك ، وإن شئت أن تتركه ، قال مالك لا أرى أن تترك ثمن الإزار لموضع الحنث ، ولم يقل له في الشرط شيئاً ، ثم قال له فإني قد دفعته منذ ستة أيام إلى حجام يعلمه، وشارطته عليه يعلمه سنة بدينار[٥٨] ، فقال كم أقام عنده ؟ قال خمسة أيام ؛ قال أرض الحجام من عندك ، فقال له : ما ترى علي حنثاً ؟ قال لا ، ولا أرى هذا من ناحية ما حلف ، وهذه أيام يسيرة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة كلها لا إشكال في أنه يحنث ان ترك ثمن الإزار ، لأنه إذا اشتراه بلا إزار وباعه بالازار ، فقد وقع عليه بعض الثمن وصار قد باعه بأقل مما حلف عليه فحنث ؛ ولا في أنه لا يحنث بما

---

(٥٦) في ت (لو) .

(٥٧) في ت (يكن له علي) ـ بزيادة (له) .

(٥٨) كلمة (بدينار) ساقطة في الأصل .

أرضى به الحجام ؛ لأن ذلك مما لم يقصده في يمينه ، ولا وقع عليه حلفه ، كما أنه لا يلزم أن يُعَدّ في ثمنه ـ ما أنفق عليه في طعامه ؛ لأن ذلك مما لم يقصده ، ولا وقعت عليه يمينه ؛ إلا أن يكون لذلك عرف كالنخاسين الذين يشترون الدواب ويبيعونها مرابحة فيقولون اشتريتها بكذا ، وأنفقت عليها كذا ، وأبيعكها بربح[٥٩] كذا ؛ فلو حلف التاجر منهم في دابة قد اشتراها للتجارة ألا[٦٠] يبيعها إلا بربح كذا ، يحنث إذا لم يعد نفقته ، ولو حلف رجل في جارية عنده أو دابة لم يشترها لتجارة ألا يبيعها إلا بربح كذا ، لم يحنث إن لم يعد نفقته ، إلا أن يكون نوى في يمينه أن يعد نفقته في الثمن ، فلا يبر إلا[٦١] بذلك ؛ وقال انه لم يقل في الشرط شيئاً وهو شرط جائز لا يقدح[٦٢] في صحة البيع ، لأنه أوجبه له على نفسه ، فكذلك الثمن إن لم يدخل عليه فيه حنث فذلك جائز ، كمن قال أوجبت لك سلعتي بكذا وكذا ـ إن جاء اليوم فلان ، وما أشبه هذا ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن العبد يكون نصفه حراً ، ونصفه مملوكاً ، يحتاج الذي له فيه الرق حاجة شديدة . أله أن يأخذ من مال عبده ما يأكل ويكتسي ؟ قال لا ، الغني في هذا والفقير سواء بمنزلة واحدة ، ليس لهم أن يأخذوا من ذلك شيئاً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن العبد إذا أعتق[٦٣] بعضه أقر ما له بيده للشرك الذي له في نفسه ، فليس للذي له فيه الرق أن يأخذ من

---

(٥٩) في ت (وأبيعها بكذا) .

(٦٠) في الأصل (لا) .

(٦١) كلمة (إلا) ساقطة في ت .

(٦٢) في ت ق ٣ (يكدح) .

(٦٣) في الأصل (عتق) .

ماله شيئاً إلا برضاه غنيا كان أو فقيراً ؛ إذ ليس الفقر بالذي يوجب له في ماله حقاً لم يكن واجباً قبل ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن العبد يكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً يمرض ، أترى أن ينفق عليه الذي له فيه الرق ؟ قال لا أرى عليه إلا قدر نفقة نصيبه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه كالعبد بين الشريكين ، فلا يلزمه من نفقته إلا بقدر ما له منه ـ وإن مرض ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل عن الذي يشتري العبد رقبة ثم يبدو له أن يبدله بخير منه وأكثر ثمناً ، قال مالك ما أرى بذلك بأساً ، إلا أن يكون اشتراه بشرط ، فإن لم يكن اشتراه بشرط وأراد أن يبدله بخير منه ، فما أرى[٦٤] بأساً .

قال محمد بن رشد : يحتمل أن يكون معنى ما سأله عنه : من اشترى العبد رقبة أن يشتريه لعتقه[٦٥] في رقبة واجبة عليه ، أو عمن أوصى بذلك إليه بأن يقول للبائع بعني هذا العبد أعتقه في رقبة واجبة علي ، أو في وصية فلان ؛ ويحتمل أن يكون اشتراه ينوي ذلك فيه ولم يعلم بذلك البائع ؛

(٦٤) في ت (أرى به بأساً) ـ بزيادة (به) .
(٦٥) في الأصل (ليعتقه) .

فأما إن كان اشتراه ينوي ذلك فيه دون أن يعلم بذلك البائع ، فلا إشكال في أن له أن يبدله بخير منه ؛ وأما إن كان أعلم بذلك البائع ، فإعلامه بذلك عدة منه له بعتقه ، وقد اختلف في ذلك ، فقيل إن العدة بخلاف الشرط ، فلا يلزم المبتاع ، ولا يكون للبائع في ذلك كلام ، حكى ذلك ابن حبيب في الواضحة عن مالك نحو هذه المسألة ، فعلى هذا القول يكون للمشتري أيضاً أن يبدله بخير منه ، وقيل إن العدة في ذلك كالشرط ولا يلزم المبتاع العتق إلا أنه يكون البائع بالخيار بين أن يسترجع أو يدعه ، وهو قول مالك في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ؛ فعلى هذا القول لا يكون للمشتري أن يبدله بخير منه إلا برضى البائع ، وأما إذا اشتراه بشرط على أن يعتقه ، فقيل إن العتق يلزمه وهو قول أشهب ، خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة والعتبية ، فقوله في هذه الرواية إلا أن يكون اشتراه بشرط العتق يأتي على قول أشهب : أن العتق يلزمه ، والذي يأتي في ذلك على قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، وسماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع من العتبية أن له أن يبدله بخير منه برضى البائع ؛ وأما ان كان اشتراه على إيجاب العتق ، فلا اختلاف في أن ليس له أن يبدله بخير منه ، لأن العتق قد وجب له ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال مالك استشارني هؤلاء الذين يقسمون الخمس ، وذكروا أنهم يجدون الرقبة الرخيصة بالثمن اليسير يعتقها أهلها على أن ولاءها للذين يبيعونها . فقلت لا ، ولكن اشتروها ـ وان أغليتم ـ على أن ولاءها للمسلمين .

قال محمد بن رشد : كذا وقع في هذه الرواية الذين يقسمون الخمس ، وحكاها ابن المواز : الذين يقسمون الزكاة ، والحكم في ذلك سواء ، لأن ما يعتق من الخمس أو من الزكاة ، فولاؤه للمسلمين واشتراط

البائعين لها ، أن يكون الولاء لهم ! شرط باطل لا يحل ولا يجوز ، ولا ينفذ إن وقع ؛ لنهي رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عنه وإبطاله له ـ بقوله في حديث بريرة : ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله ، فهو باطل ـ وإن كان مائة شرط ؛ قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما(٦٦) الولاء لمن أعتق(٦٧) . فقول مالك لا ، ولكن اشتروها وإن أغليتم على أن ولاءها للمسلمين ، معناه : لا يشتروها على أن ولاءها للذين يبيعونها ، فإن ذلك لا يجوز ولا يلزم ، ولكن اشتروها بغير شرط ، فيكون ولاؤها للمسلمين ، لأنها اشتريت من مال المسلمين . هذا معنى قوله ، لأنه أمرهم أن يشتروها بشرط أن يكون ولاؤها للمسلمين ، لأن الحكم يوجب ذلك وإن لم يشترطوه ؛ ويحتمل أن يكون أراد بقوله على أن ولاءها للمسلمين أن يعلموهم ان اشتراط الولاء لا ينفعهم ، وأن الولاء للمسلمين على كل حال ، يشترون منهم على هذا ، ولا يغرونهم بأن يشتروا منهم على أن الولاء لهم ، وذلك لا يصح لهم ، والله الموفق .

ومن كتاب أوله حلف بطلاق امرأته

وسئل مالك عن امرأة كانت تبيت مع عمها في سطح ـ وبينهما ستر ، فنزل عنها عمها ، فقالت لم نزلت عني ؟ فقال أكره أن أضيق عليك ، فقالت ما تضيق علي ، فأبى ، فقالت : كل مملوك لي حر إن لم تبت معي في السطح ، فمرض عمها فأنزل من السطح الى الكن ، قال مالك تنزل فتبيت معه حتى تسأل وتثبت ، كأنه لم يره عليها بالواجب ، قال ابن القاسم ليس عليها شيء ، وإنما أرادت

---

(٦٦) في الأصل (إنما) .

(٦٧) مر تخريج الحديث ، انظر الحاشية رقم ٧٧ من كتاب الخدمة .

وجه الضيق لنزوله عنها ، ولم ترد ناحية المرض .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة ، أنها حلفت أن يبيت معها في السطح مدة ، ما وقتتها وسمتها ، أو أرادتها ونوتها ، كانقضاء المصيف ونحوه مما جرت العادة فيه بالمبيت في السطوح ، فحمل ابن القاسم يمينها على البساط الذي خرجت عليه يمينها ، من أنها إنما كرهت أن يترك المبيت معها في السطح ، من أجل التضييق عليها ، فلم ير عليها حنثاً ، إذ لم يترك المبيت معها من أجل التضييق عليها ، وإنما تركه من أجل المرض ، وهو المشهور في المذهب أن يمين الحالف إذا لم تكن له نية تحمل على بساط ، ولا تحمل على مقتضى اللفظ إلا عند عدم البساط ـ على ما قاله مالك في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الايمان بالطلاق في (مسألة المغيب[٦٨] ، وقيل إن يمين الحالف إذا لم تكن له نية ، يحمل على ما يقتضيه اللفظ ، ولا يراعى البساط ، وهو قول مالك في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك ، وقاله في سماع سحنون في كتاب الايمان بالطلاق في)[٦٩] مسألة البالوعة[٧٠] ؛ ولهذا الاختلاف توقف مالك في هذه المسألة ، فقال تنزل وتبيت معه حتى تسأل وتثبت . وقوله كأنه لم يره عليها بالواجب ، يريد نزولها ومبيتها معه في غير السطح ، وكذلك هو غير ظاهر ؛ لأنها إنما حلفت أن يبيت معها في السطح ، فإما أن يحمل يمينها على البساط ، فلا يكون عليها شيء كما قال ابن القاسم ؛ وإما أن يحمل على اللفظ ، فتكون قد حنثت إذا لم يبت معها في السطح ، لأنها عمت ولم تستثن مرضاً ولا غيره ؛ ووجه قوله تنزل فتبيت (معه)[٧١] لاحتمال في أن تكون إنما كرهت مفارقته لها في المبيت ، فإذا لم

---

(٦٨) في ت (النقيب) .

(٦٩) ما بين القوسين ـ وهو نحو السطرين ـ ساقط في الأصل .

(٧٠) البالوعة : قناة يجري فيها الوسخ والأقذار .

(٧١) كلمة (معه) ساقطة في الأصل .

تفارقه فيه، لم يكن عليها حنث ، وليس ذلك ببين ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عن امرأة نذرت : إن تسرر عليها زوجها ، فكل مملوك لها حر لوجه الله ؛ أو تزوج عليها إن أتيت مني ما يأتي الرجل من امرأته ، فتسرر ؛ فقالت لا يحنثني في يميني وأنا راضية بأن لا تأتيني ، فرضي بذلك الزوج ورضيت به ؛ قال لا أرى عليها في يمينها شيئاً ، وأرى ذلك صواباً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن ذلك جائز إذا رضيا به جميعاً ، لأن الوطء حق لكل واحد منهما على صاحبه ، فلو لم يرض الزوج بذلك ، لكان له تحنيثها بالوطء ، ولو رضيت هي بالحنث ورجعت عما كانت رضيت به من أن تبقى معه على غير جماع ، لكان ذلك لها على ما قال ، في المدونة في التي قالت لزوجها أن يتزوج عليها ويجعل أيامها لصاحبتها ثم شحت بعد ذلك[٧٢] ، أن لها الرجوع في حقها من القسم ؛ وكذلك لو رجع هو وأراد وطئها بعد أن كان رضي بالمقام معها على غير وطء ، كان ذلك له ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وسئل مالك عن الرجل يشتري العبد رقبة ، أيستقيل منه ؟ قال نعم ، إلا أن يكون اشتراه على أنه حرفي العتق ، فلا يستقيل منه .

قال محمد بن رشد : القول في هذه المسألة على قياس ما مضى

(٧٢) في ت (بذلك) .

بيانه في الرسم الذي قبل هذا في الذي يشتري العبد رقبة ثم يريد أن يبدله بخير منه ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال مالك ينبغي للورثة إذا أعتق الرجل عبده عند موته ولم يكن له في المنظرة ارتفاع قيمة ، وكانت له مخبرة ترتفع بها قيمته ، أن يبينوا ذلك عندما يقوم .

قال محمد بن رشد : بيان ما ترتفع به قيمة العبد الموصى بعتقه عند التقويم للورثة لا[73] عليهم ، فلو قال : لهم أن يبينوا ذلك وليس عليهم أن يكتموه ، لكان أبين ، إذ هو الذي أراد ، وكذلك قال في سماع موسى بن معاوية من كتاب الوصايا : أنه يقوم على خيره وبصره وأمانته ، ولا يحل لأهله كتمان ذلك منه ؛ ومثله أيضاً بمعناه في رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا ، وذكره أيضاً في الرسم الذي بعد هذا من هذا الكتاب ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الذي نعت[74] في كل شهر مرة ، أيعتق في الكفارات ؟ قال لا ، هذا مصاب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه من العيوب المفسدة الفادحة ، فلا تجوز في الرقاب[75] الواجبة ، وبالله التوفيق .

---

(٧٣) في ت (لما) .

(٧٤) كذا في الأصل ، وثبت في ت (نغت) ، وفي ق ٣ (كفت) ، وليس في هذه الألفاظ ما يفيد المعنى المقصود ، ولعلها تحرفت عن كلمة (صرع) ، وما في معناها .

(٧٥) في ت (الرقبة) .

مسـألة

وسئل عن رجل حلف بعتق جارية له ـ إن لم يبعها ، قال لا يطؤها ولا يتصدق بها ولا يهبها حتى يبيعها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه فيها على حنث ، فلا يجوز له وطؤها ، لأنه لا يبر[٧٦] إلا ببيعها ؛ وإن تصدق بها أو وهبها ، ردت الصدقة والهبة وأقرت في يده ؛ فإن لم يبعها حتى مات ، عتقت في ثلثه على ما في المدونة وغيرها ، من ذلك ما وقع في رسم بع ، ورسم باع شاة من سماع عيسى ، وفي غيره من المواضع ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل حلف بعتق ما يملك في مال له أراد بيعه ألا ينقصه من مائتي دينار ، فباعه بمائتي دينار ، ثم إنه وضع له بعد ذلك ، فأرسل إلى مالك فيه الأمير ، فقال : إن وضع له في مجلسه ، فأرى أن قد وقع عليه الحنث ، وإن وضع له بعد يومين أو ثلاثة ، فأحلفه بالله الذي لا إله إلا هو ما أراد إلا عقد البيع ، وما هذا الذي أردت بألَّا أضع ، فإن حلف لم أر عليه شيئاً .

قال محمد بن رشد : أوجب عليه مالك الحنث إذا وضع له من الثمن في مجلسه ، إما لأنه لم يصدقه في أنه إنما وضع عنه بنية حادثة له بعد أن باع بما حلف عليه ، لأن العتق مما يحكم عليه فيه ، وإما لأنه حنثه بالمعنى ، لأن الحالف ألّا يبيع سلعته إلا بكذا ، إنما مقصده الانتفاع بالثمن بعد تقرره له عليه ، فإذا رده إليه في المجلس أو وضعه عنه ؟ فكأنه لم يبع

---

(٧٦) في ت (لا يبر فيها إلا) ـ بزيادة (فيها) .

به ، إذ لم يتقرر له عليه ، ولا قبضه ولا انتفع به ، وهذا هو الأظهر من مراده ، بدليل ما يأتي له في رسم صلى نهاراً بعد هذا من هذا الكتاب ، وبدليل ما في رسم الجنائز من سماع أشهب من كتاب النذور ، لأنه اتقى عليه الحنث في ذلك ، ويمينه بما لا يحكم عليه فيه ؛ وصدقه مع يمينه بعد البيع باليومين والثلاثة أنه إنما أراد ألّا يضع عنه في عقد البيع ، ولم يرد ألّا يضع عنه بعد ذلك شيئاً ، ولو كانت يمينه مما لا يحكم عـليه بها ، لصدق دون يمين ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل مالك عن العبد يعتق والعبد زَرَّاع ، وهو[٧٧] بموضعه أرفع في القيمة ، وإن جلب إلى الفسطاط وذكر منه عمله ، لم يكن له من القيمة كقدره في موضعه ، أين ترى أن يقوم ؟ قال أرى أن يقوم في موضعه الذي كان فيه .

قال محمد بن رشد : هذا يبين قوله في الرسم الذي قبل هذا ويكشف عن معناه ـ حسبما بيناه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل عن رجل قال لصاحبه كل مملوك لي حر ـ إن لم أطل هجرانك ، فأقام أياماً ثم أراد أن يكلمه ، قال مالك لا أرى أن يكلمه سنة .

قال محمد بن رشد : في المبسوطة لمالك أنه لم يسم شيئاً ، إلا أنه

---

(٧٧) في ت (وهذا) .

حلف ليهجرنه ، فإنه يهجره شهراً ، وهو على قياس قوله في هذه أنه يهجره سنة ـ إذا حلف أن يطيل هجرانه ـ وهو قول ابن كنانة ؛ وابن الماجشون يقول إنه إن حلف ليهجرنه (أنه)[٧٨] يبر بثلاثة أيام وإن حلف ليطيلن هجرانه يبر بالشهر ونحوه ؛ واختلف في ذلك قول ابن القاسم : فله في كتاب الرهون من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق ، مثل قول ابن الماجشون ، لأنه قال فيه إنه يبر بثلاثة أيام إذا حلف على الهجران ـ ولم يعم شيئاً ، فعلى قياس قوله إذا حلف ليطيلنه ، أنه يهجره شهراً ونحوه ، وحكى عنه ابن حبيب أنه لا يبر إذا حلف ليهجرنه إلا بشهر ونحوه ، فعلى قياس ما حكى عنه إذا[٧٩] حلف ليطيلنه لا يبر[٨٠] إلا بالعام ونحوه ، مثل قول مالك ، وقول ابن الماجشون ، وما في العتبية لابن القاسم أظهر لأنه إذا لم يسم شيئاً ، كان الوجه في ذلك أن يبر بأكثر ما يجوز الهجر[٨١] إليه ـ وهو الثلاثة الأيام ـ على ما جاء في الحديث من أنه لا يحل للمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام[٨٢] . وإذا حلف ليطيلنه بر بالحد الذي اعتزل فيه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أزواجه إذ هجرهن وهو المشهور ، ومن قال إنه لا يبر إذا لم يسم شيئاً إلا بالشهر اعتباراً باعتزال النبي عليه السلام أزواجه شهراً لم يبر إذا حلف ليطيلنه إلا بالعام ، لأنه حد في أشياء كثيرة من الأحكام ، وروى يحيى عن ابن القاسم أنه إن أطال هجرانه ـ ولم يتم السنة فلا حنث عليه ، (قال)[٨٣] وليس الشهر والشهران والثلاثة والخمسة والستة بطول ، وكأنه رأى ذلك في الثمانية ، وبالله التوفيق .

---

(٧٨) كلمة (انه) ساقطة في الأصل .
(٧٩) في الأصل (أنه إذا) ـ بزيادة (أنه) .
(٨٠) في الأصل (أنه لا يبر) بزيادة (انه) .
(٨١) في الأصل (الهجران) .
(٨٢) حديث متفق عليه .
(٨٣) كلمة (قال) ساقطة في الأصل .

مسألة

قال ابن القاسم كل عبد استأذن سيده في عتق عبد له فأذن له بعتقه[٨٤] من مكاتب ، أو أم ولد ، أو مدبر ، أو عبد ـ لا تدبير فيه ، أو معتق إلى أجل ، فما كان من ذلك ما لو شاء السيد أن يأخذ ماله أخذه ؛ فذلك إذا استأذن سيده في عتق عبد فأذن له ، فأعتق ثم أعتق بعد ذلك ، لم يرجع إلى العبد المعتق من ولائه شيء ، وكل ما كان من ذلك ما لو شاء سيده أن يأخذ ماله لم يأخذه ، فذلك إذا استأذن سيده في عتق عبد له فأعتقه ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فذلك يرجع إليه ولاء ما أعتق ومن ذلك المكاتب لا يأخذ ماله ، والمعتق إلى أجل إذا قرب عتقه ، لم يكن لسيده أن يأخذ ماله، والمدبر وأم الولد إذا مرض سيدهما ، فهذا الذي إذا أذن لهم سيدهم في عتق ، رجع إليهم الولاء إذا أعتقوا ، وأما إذا كان اذنه ذلك في مدبره وأم ولده ـ وهو صحيح ، والمعتق إلى أجل في طول الزمان الذي يأخذ فيه مال المعتق ، فإنما أذنه ههنا لنفسه لا[٨٥] لأم الولد ، ولا للمدبر ، ولا لمعتق إلى سنين من ولايتهم شيء ؛ لأنه كان ينتزع أموالهم ولا يمنع منها ، وإنما أذنه لنفسه ؛ وإن أعتق مدبر عبداً له في صحته من سيده ، أو أم ولد ، أو معتق إلى أجل ، أو عبد ليس فيه تدبير ولا عتق بغير علم[٨٦] السيد ، فلم يعلم السيد بذلك حتى عتق العبد ، أو أم الولد ، أو المدبر ، أو المعتق إلى سنين ، فولاء ما أعتقوا لهم ، وعتقهم جائز ، ولا يردون ذلك إذا كان سيدهم لم

---

(٨٤) في الأصل (فعتقه) .

(٨٥) في ت (ليس) .

(٨٦) في الأصل (أذن) .

يعلم بذلك ولم يرده ، وإن علم فرده[٨٧] ثم عتقوا بعد ذلك ، لم يلزمهم عتق ما أعتقوا ، وكانوا رقيقاً لهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها ، لا اختلاف أحفظه ـ في شيء من الوجوه المذكورة فيها ، لأن اذن السيد لعبده الذي له أن ينتزع ماله في أن يعتق عبده ، وإجازته لعتقه إذا أعتقه من غير أن يستأذنه ، كما لو أعتقه هو ، لأن عتقه إياه انتزاع منه له ، فوجب أن يكون الولاء له ، ولا يرجع إلى العبد ، إن عتق ـ ولو لم يعلم السيد بعتقه ، أو علم فلم يقض برد ولا إجازة حتى عتق ، لنفذ عليه العتق ، ولا أعرف في هذا النص خلافاً[٨٨] ، وقد يدخل فيه الخلاف بالمعنى ، إذ قد قيل في فعل المرأة فيما زاد على الثلث ، أنه على الرد حتى يجاز ، (وهو في هذا)[٨٩] أحرى أن يكون على الرد حتى يجاز ، لأن تحجير السيد على عبده ، أقوى من تحجير الزوج على امرأته ، وهذا إذا بقي العبد بيده حتى يعتق ، وأما إن فوته من يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة ، فلا يرد ـ قاله في الاعتكاف من المدونة في الصدقة ، والعتق مثله ؛ إلا أن يفرق بينهما بحرمة العتق ، وهو يعيد . وأما إن رد السيد عتقه ثم أعتق هو ، فلا يعتق عليه وإن كان بيده قولاً واحداً لا يدخل فيه الاختلاف الذي في الزوجة تعتق عبدها ـ وهو أكثر من الثلث ، فيرده الزوج ثم يموت عنها أو يطلقها ـ وهو في يدها ، وأما إذا أذن لعبده أن يعتق عبده في حال ليس له فيها أن ينتزع ماله من مكاتب ، أو معتق إلى أجل قد قرب أجل عتقه ، أو مدبر ، أو أم ولد مرض سيدهما ، أو أجاز عتقه في تلك الحال ، فولاؤه له ما لم يعتق ، فإن عتق أدّى إلى كتابته[٩٠] إن كان مكاتباً ، أو بانقضاء الأجل إن كان معتقاً إلى أجل أو

---

(٨٧) في الأصل (فإن علم ورده) .

(٨٨) ثبت في سائر النسخ (خلاف) ـ بالرفع ، والصواب ما أثبته .

(٨٩) جملة (وهو في هذا) ساقطة في الأصل .

(٩٠) في الأصل (كتابته) .

بموت[٩١] السيد إن كانت له أم ولد أو مدبرة فحملهـا الثلث ، رجع الولاء له ، وكذلك إذا علم بعتقه ، فلم يقض برد ولا إجازة ، واختلف فيما أعتق المدبر في مرض السيد بإذنه إذا صح من مرضه ثم مات ، فيعتق[٩٢] في ثلثه ؛ فقيل يرجع إليه الولاء ، وقيل لا يرجع إليه ، لأن السيد لما صح كان للسيد انتزاع[٩٣] ماله ، فصار كالعبد بإذن سيده (ولم يختلفوا في المكاتب يعتق بإذن سيده)[٩٤] ثم يعجز فيعتقه سيده ، أن الولاء لا يرجع إلى المكاتب ، ولا فرق بين المسألتين في المعنى ، وأما إن رد السيد عتقه ثم ثبتت حريته بعد بإداء الكتابة إن كان مكاتباً أو انقضاء الأجل إن كان معتقاً إلى أجل أو موت السيد إن كانت أم ولد ، أو مدبرة فحملها الثلث ـ والعبد بيده لم يفوته قبل ، فيتخرج ذلك على الاختلاف في الزوجة تعتق عبدها ـ وهو أكثر من الثلث فيرد الزوج عتقها ثم يموت عنها ، أو يطلقها وهو في يدها لم تفوته ؛ لأن تحجير السيد على هؤلاء أضعف من تحجيره على عبده الذي ليس فيه عقد عتق ، فهو يشبه تحجير الزوج على امرأته ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن رجل كانت بينه وبين امرأته منازعة في جارية له ، فحلف بعتق جاريته إن لم يتزوج عليها إلى سنة ، فمكثت المرأة عنده تسعة أشهر ، ثم إنها ماتت ولم يتزوج ؛ أترى عليه في الجارية حنثاً ؟ قال لا حنث عليه وهو على بر ، إنما هو بمنزلة رجل حلف بعتق رقيقه ليقضين فلاناً حقه إلى أجل سماه ، فمات الرجل قبل[٩٥]

(٩١) في الأصل (ويموت) ، وفي ت (أو يموت)، والأنسب نسخة ق ٣ (أو يموت) .
(٩٢) في الأصل (يعتق) .
(٩٣) في الأصل (أن ينتزع) .
(٩٤) جملة (ولم يختلفوا . . . بإذن سيده) ساقطة في الأصل ، والمعنى يقتضيها .
(٩٥) في ت (قبل انقضاء الأجل) ـ بزيادة (انقضاء) .

الأجل ؛ فهو (على بر)[٩٦] ولا حنث عليه فيهم .

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله، لأن الحالف بعتق عبده ليفعلن فعلاً إلى أجل، هو على بر إلى ذلك الأجل - إن مات هو أو مات العبد قبل الأجل ، لم يكن عليه شيء باتفاق ؛ وكذلك يبر باتفاق إن ماتت الزوجة التي حلف ليتزوجن عليها قبل الأجل ، كمن حلف بعتق عبده ليضربن فلاناً إلى أجل فمات فلان قبل الأجل ، لا حنث عليه باتفاق ؛ إذ لا يمكن أن يتزوج عليها بعد موتها ، ولا أن يضرب الرجل بعد موته ؛ فالمسألة أبين من الحجة ، لأن الذي يحلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل ، يمكنه قضاء الورثة ، فإن كان قصد بيمينه إبراء ذمته من الدين ، فلا يبر الا بقضاء الورثة قبل الأجل ، وان كان إنما أراد عين المحلوف عليه ليقضينه إلى الأجل ، فلا حنث عليه إذا مات قبل الأجل ، كالزوجة التي حلف ليتزوجن عليها إلى أجل ، فماتت قبل الأجل ، فحمل يمينه على ظاهر اللفظ من أنه اراد عين المحلوف عليه .
والأظهر أن يحمل إذا لم تكن له بينة على أنه إنما أراد إبراء ذمته من الدين، فلا يبر إلا بقضاء الورثة قبل الأجل - حسبما ذكرناه في هذا الرسم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور ، ولا اختلاف في أن الجارية التي حلف بحريتها ان لم يتزوج على امرأته إلى ستة - مرتهنة بيمينه[٩٧] ، ليس له أن يبيعها حتى يبر بالتزويج عليها قبل الأجل أو بموتها ؛ واختلف هل له أن يطأ الجارية أم لا - على قولين في المدونة وغيرها ، وبالله التوفيق .

مسألة .

وسئل عن عبد كان بين اثنين ، فقال أحدهما للغلام قد وهبت لك نصيبي منك ؛ قال أرأيت لو كان لأحدهما فقال قد وهبتك

---

(٩٦) في الأصل (فهو حر) وهوتحريف ظاهر .

(٩٧) في الأصل (في يمينه) .

لنفسك ، فكأنه يقول هو عتق ، فكان شأنه عنده شأن ما يعمل به في العتق ، قال ابن القاسم وذلك رأيي ؛ ووجهه ما سمعنا من قول مالك : إذا وهب له شقصاً منه ، عتق وقوم عليه ما بقي (لأن ولاءه لـه قال : وهو رأي سحنون .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة من أن الرجل إذا قال لعبده : قد وهبت لك نفسك إنه حر ـ قبل العبد أو لم يقبل ؛ وأنه إذا وهبه نصفه أعتق عليه كله ؛ وكذلك إذا وهبه نصيبه منه ، عـتق وقوم ما بقي عليه ؛ وفي قوله)(٩٨) لأن ولاءه له ، دليل على أنه إنما أعتق على العبد لا عليه ـ وهو مذهبه ؛ لأنه يقول للذي يوصي لعبده بجزء منه : أنه يعتق على نفسه في ماله إن كان (له)(٩٩) فكان القياس على هذا أن يقوم على نفسه في مال إن كان له لا على سيده ؛ ووجه قوله إنه يقوم على سيده ، هو أن السيد يتهم أنه أراد بما فعل من هبة حظه منه له أن يعتق حظه ولا يقوم عليه حظ شريكه ؛ ومذهب ابن وهب أن الجزء الموهوب له منه يعتق على سيده لا عليه ، فلا إشكال على مذهبه في وجوب تقويمه عليه ؛ وقد مضى بيان هذا المعنى في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وقال مالك بلغني أن بـلالاً قال لأبي بكر لما ولي : ائذن لي أن أخرج إلى الشام في الجهاد ، فقال له أبو بكر لا ؛ فقال له بلال إن كنت أعتقتني لنفسك فاحبسني ، وان كنت أعتقتني لله فخل سبيلي ؛ فقال له أبو بكر قد خليتك .

---

(٩٨) ما بين القوسين ـ وهو نحو السطرين ـ ساقط في الأصل .

(٩٩) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : أراد أبو بكر ـ والله أعلم ـ أن يحبسه للأذان كما كان عليه في حياة النبي ـ عليه السلام ، فلا ينتقل عن مرتبته في ذلك ، فإنما أراد بحبسه النظر له في ذلك وللمسلمين لا لنفسه ، فلما اختار الجهاد وألح عليه فيه ، أذن له في الخروج ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال مالك إذا أعتقت المرأة ثلث خادم لها ـ وهي ذات زوج ـ وليس لها مال غيرها ، جاز ذلك عليها وان كره زوجها ؛ قال ابن القاسم ولا يعتق عليها إلا الثلث إذا كره زوجها ؛ ولو أعتقتها(١٠٠) كلها وليس لها مال غيرها ولم يجز ذلك الزوج ، لم يجز منها ثلث ولا غيره ؛ قال مالك وذلك من الاضرار .

قال محمد بن رشد : قوله جاز ذلك عليها وان كره زوجها ، معناه أن الثلث الذي أعتقه يجوز عتقه ، أجازه الزوج أو لم يجزه ؛ فإن أجازه عتق عليها جميع الخادم ؛ وإن لم يجزه ، لم يعتق منها إلا الثلث ـ كما قال ابن القاسم ؛ فهو مفسر لقول مالك هذا في روايته عنه ، وقال أشهب وابن الماجشون إن لم يجزه ورده ، لم يعتق منها شيء ـ كما إذا أعتقت جميعها ، وروياه عن مالك ؛ فقولهما وروايتهما على قياس القول في أن من أعتق بعض عبده يجب عليه عتق جميعه بالسراية ؛ وقول ابن القاسم وروايته عن مالك في هذه الرواية ، على قياس القول بأنه لا يعتق باقيه حتى يعتق عليه ، فإن أجاز فعلها عتق عليها ، باقيه ؛ وإن لم يجز فعلها ، لم يعتق فيها إلا الثلث الذي أعتقت ؛ وفي ذلك من قوله نظر ، لأن عتق الثلث يعيب الثلثين ، فإذا أنفذ لها عتق الثلث ، فقد جاز قضاؤ ها في أكثر من ثلث مالها ؛ ولا اختلاف فيما قاله ابن القاسم إنها إذا أعتقت جميعها فلم يجزه لم يعتق منها شيء ، من أجل

---

(١٠٠) في الأصل (أعتقها) .

تبعيض العتق ؛ وإنما اختلف إذا قضت بأكثر من الثلث فيما عدا العتق ، فابن القاسم يقول إن للزوج أن يرد الجميع ، وغيره يرى أنه إنما يرد ما زاد على الثلث ، وقد اختلف في المرأة ذات الزوج تدبر جاريتها ولا مال لها سواها ، فروى ابن القاسم عن مالك في سماعه من كتاب المدبر أن ذلك لها ، وقاله ابن القاسم ومطرف ؛ وأباه ابن الماجشون وسحنون ؛ وأحكام قضاء المرأة في مالها دون اذن زوجها ، وقعت مفترقة في غير ما موضع من هذا الكتاب ومن غيره من الكتب ، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات ، فغنينا بذكره هناك عن إعادته هنا ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عن امرأة حلفت على ابنتها ان صاحبتها في سفر : فكل مملوك لها حر لوجه الله ، فتكارت هذه من جمال ، وهذه من جمال، فكانتا تلتقيان في سفرهما، وكانتا تسيران وتتحدثان وتنزلان ، ولكنهما مع جمالين مفترقين ، قال مالك لا أراها إلا وقد حنثت ، قال ابن القاسم وذلك رأيـي .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنهما إذا كانتا تسيران معاً وتتحدثان وتنزلان جميعاً في منزل[١٠١] واحد ، فقد أصطحبتا وإن كانتا مع جمالين ، ولو تكاريا من جمال واحد ، فركبت كل واحدة منهما جملها ولم تسر مع صاحبتها ـ مصاحبة لها ، ولا نزلت معها في موضع واحد لما حنثت ، وإنما ينظر إلى ما[١٠٢] جرت يمينها ، فإن كان ذلك من أجل كونهما مع جمال واحد ، فإذا انتقلت إلى جمال آخر فلا تحنث ، وإن كان ذلك من أجل

---

(١٠١) في ت ق ٣ (موضع) .

(١٠٢) في الأصل (لما) .

اجتماعهما على نفقة واحدة وطعام واحد ، فإذا انتقلت عن ذلك إلى أن تكون منفردة عنها في طعامها لم تحنث ، وإذا لم يكن ليمينها بساط تحمل عليه ولا كانت لها نية ، حنثت بكل ما يقع عليه اصطحاب ؛ هذا الذي يأتي على أصولهم في هذه المسألة ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة : لو كانت يمينها في سفر ففارقتها وأكرت من جمال آخر ، لم تحنث ـ وإن كانتا في رفقة واحدة؛ وإنما حنثها في هذه، لأنها حلفت وهي في الحضر[١٠٣] ثم خرجت معها في رفقة واحدة ، والرفقة كلهم أصحاب ، والذي قلته واصلته في المسألة هو أوضح ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله[١٠٤] سلف في المتاع والحيوان

وسئل عن رجل باع غلاماً له ممن يعتقه واشترط في ذلك على الغلام بأنه لا يفارقه حتى يموت ، قال هذا لا ينفعه ، وهذا شرط باطل ؛ فإن عتق ، ذهب حيث شاء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إذ لا يجوز للرجل أن يعتق عبده ويشترط عليه خدمة وعملاً بعد العتق ، وإنما اختلف إذا اشترط عليه ما لا يؤديه إليه بعد العتق ، مثل أن يقول له أنت حر بتلا وعليك كذا وكذا ، فألزمه مالك المال قبل أو لم يقبل ، واختلف في ذلك قول ابن القاسم ، فإذا وقع البيع على هذا من الشرط كان البائع بالخيار بين أن يسقط الشرط أو يسترد[١٠٥] البيع ؛ فإن فات البيع بالعتق ، سقط الشرط على ما قاله ، وبالله التوفيق .

---

(١٠٣) في ت (حضر) .

(١٠٤) كلمة (أوله) ساقطة في الأصل .

(١٠٥) في ت (يرد) .

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسئل مالك عن رجل استدفع امرأة قرطاً فصرته في خرقة ، ثم إن زوجها أصابه رمد فعالج دواء لعينه ، فسألها خرقة ليجعل فيها ذلك الدواء ، وناولته الخرقة ونسيت موضع القرط ، فرمى بها[(١٠٦)] وأقامت في التراب يومين ثم إنه وجدها بعد ذلك فصر فيها دواء ، ثم جعله في الزنفلجة وهو لا يعلم أن القرط فيها ، ثم سألها عن القرط وطلبت القرط من غدوة إلى ضحوة ، فغضب الرجل فقال كل مملوك حر ـ إن لم يكن قد ضاع منك أو سرق ، فقال لا أرى عليه حنثاً . قيل له أرأيت يا أبا عبد الله لو كانت الخرقة لم تكن ملقاة في التراب إلا على وجه التناول ووضعها في الزنفلجة قال أرجو ألا يكون عليه شيء ـ إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : الزنفلجة عند العرب : مخلاة الراعي ، وقول مالك في هذه المسألة أنه لا حنث عليه بيِّن ، لأنه حلف لقد ضاع القرط منها أو تلف ، وهو قد[(١٠٧)] ضاع منها لما صرته في الخرقة ثم نسيته ودفعت إليه الخرقة وهي لا تظن أنه فيها فرمى بها في التراب ، ثم أخذها وهو لا يعلم أن القرط فيها ، فظن أنه قد تلف ، فحلف لقد ضاع منها أو سرق ، فلما حلف لقد ضاع منها وهو قد ضاع منها[(١٠٨)] وجب ألا يحنث ؛ وإن كانت الخرقة لم تكن ملقاة في التراب إلا على وجه التناول ، فهو أيضاً غير حانث ، لأن الضياع من المرأة في القرط حاصل، وقد قيل إن قول مالك في هذه المسألة معارض لقوله في مسألة السوط من سماع ابن القاسم من كتاب الايمان

---

(١٠٦) في ت (فرماها) .

(١٠٧) كلمة (قد) ساقطة في الأصل .

(١٠٨) جملة (وهو قد ضاع منها) ساقطة في الأصل .

بالطلاق في رسم طلق بن حبيب ، لقوله فيها انه حانث إلا أن تكون له نية حسبما ذكرناه هناك من تأويل قوله ، والصواب الفرق بين المسألتين حسبما ذكرناه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق(١٠٩)

وقال مالك في امرأة سألت زوجها أن يخبرها بكلام فأبى ، فقالت كل مملوك لي حر - إن لم تخبرني إن كلمتك شهراً ، وذهب ثم يؤامر نفسه(١١٠) ، ثم أخبرها بعد ذلك بيوم ، فقال أرى أن تكلمه ، لأنها كانت على البر ، فإذا أخبرها - وإن افترقا من ذلك المجلس ، ثم كلمته بعدما(١١١) يخبرها بيوم ، وإنما كان يستأمر فيه ، فلا أرى عليها حنثاً .

قال محمد بن رشد : حمل مالك في هذه المسألة يمين المرأة على زوجها أن يخبرها بالكلام على التأخير حتى تكون لها نية في التعجيل ، ولذلك قال أرى أن تكلمه ، لأنها كانت على بر ، وذلك خلاف قول ابن القاسم في سماع أبي زيد في الذي يحلف بحرية جاريته على أخيه أن يصنع له ، فصنع له بعد أن مطله أشهراً ، أنه حانث ، لأنه حمل يمينه على التعجيل حتى يريد به التأخير ، والقولان في المبسوطة لمالك ، قال وسئل مالك عن رجل حلف لرجل بطلاق امرأته البتة إن لم تعطني ثوبك هذا ، فقال ان أعطاه إياه قبل أن يفترقا ، فقد خرج من يمينه، وإن افترقا ولم يعطه إياه ، فقد حنث ، قال ابن

(١٠٩) كلمة (حق) ساقطة في سائر النسخ ، وهي ثابتة في العناوين السالفة ، على أن المعنى يقتضيها .

(١١٠) يؤامر نفسه : يشاورها .

(١١١) في ت (بعد ذلك) .

نافع لا حنث عليه إلا أن يكون أراد في مقامك هذا ، وهو قول مالك ، وكذلك اختلف أيضاً إذا حلف الرجل أن يفعل شيئاً ، هل هو محمول على التعجيل حتى يريد التأخير ، أو على التأخير ، حتى يريد التعجيل والقولان بينان في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب النذور حسبما بيناه هناك ، والقولان جاريان على الاختلاف في الأمر هل يقتضي الغور أم لا ؟ والمشهور في الحالف على نفسه أن يفعل فعلاً أنه محمول على التأخير حتى يريد التعجيل ، وفي الحالف على غير مواجهة أن يفعل فعلاً، محمول على التعجيل حتى يريد التأخير ، من ذلك قولهم فيمن حلف بطلاق امرأته ليفعلن فعلاً إنه لا يطأ امرأته حتى يفعل ، ويضرب له أجل الايلاء إن طلبت امرأته الوطء ، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه محمول على التأخير في المسألتين حتى يريد التعجيل . والثاني أنه محمول فيهما على التعجيل حتى يريد التأخير . والثالث الفرق بين المسألتين ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال مالك في رجل اشترى غلاماً ليعتقه ، فقال سيد الغلام لا أبيعه إلا بستين ، وقال المشتري لا آخذه إلا بخمسين ، فلما رأى ذلك العبد ، قال لسيده بعني بخمسين ديناراً واكتب(١١٢) علي العشرة ادفع إليك في كل شهر ديناراً ، فكتب عليه العشرة بعلم من المشتري فاشتراه بخمسين وأعتقه على هذا الشرط ، أيكون للذي أعتق العبد على هذا الشرط الولاء كله ، ويعجل للذي باعه سدس الولاء ، قال الولاء للذي اشتراه فأعتقه ، وليس للذي باعه واشترط عليه أن يعطيه عشرة دنانير من ولائه قليل ولا كثير ، وولاؤه للذي ابتاعه فأعتقه .

(١١٢) في الأصل (فاكتب) .

قال محمد بن رشد : قوله ليس للبائع من ولاية قليل ولا كثير بين ، لأن المشتري بالخمسين هو الذي أعتقه ، فلا حق للبائع في ولائه بالعشرة التي اشترط أن يأخذها من العبد بعد عتقه ، وإنما هو كمن أعتق عبده على أن يؤدي بعد العتق عشرة دنانير لرجل آخر ، فليس للذي يأخذ العشرة دنانير منه مدخل في ولائه بوجه من الوجوه ؛ وظاهر هذه الرواية أن العشرة تجب للبائع على العبد اذا كتبها عليه بعلم المشتري ، وهو نص ما في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ، وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم أن العشرة تسقط عن الغلام علم المشتري ولم يعلم ، قال وإن كان باع بغير العتق ، سقط عنه الغرم وفسخ البيع ، إلا أن يفوت فيرد الى القيمة ؛ فأما سقوطها عنه إذا لم يعلم ، فهو بين ، إذ ليس له أن يعيب العبد الذي باعه بما كتب عليه من الدّين ؛ ومثله في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ؛ وأما سقوطها عنه إذا علم ، فالاختلاف في ذلك ـ عندي ـ جار على الاختلاف في الرجل يقول لعبده أنت حر بتلا وعليك كذا وكذا ؛ فقول مالك في المدونة أن المال يلزمه ، وعليه يأتي قوله في هذه المسألة ، وقول ابن القاسم فيها أن المال يسقط عنه ؛ وعليه يأتي ماله في العشرة في هذه المسألة ؛ وقد اختلف في ذلك قول ابن القاسم في المدونة ؛ وأما قوله في العشرة أن البيع يفسخ إن كان باع بغير العتق إلا أن يفوت فيرد الى القيمة ، وتسقط العشرة ؛ فمعناه إن علم المشتري واشترى على هذا ، لأن الفساد فيه بين ؛ لأنه باع عبده بستين[113] ديناراً ، يتبع منها ذمة العبد بعشرة دنانير ، وذلك غرر بين ؛ وأما إن لم يعلم المشتري بذلك ، فلا وجه لفساد البيع ، وفي سقوط العشرة عنه إذا لم يعلم المشتري بها ، واشتراه على غير العتق باختلاف ، قيل إنها لا تسقط عنه ويكون المشتري بالخيار بين أن يمسك أو يرد كعيب اطلع عليه أو هو الذي يأتي على ما في كتاب الكفالة من المدونة ، وقد

---

(١١٣) في ص ق ٣ (بخمسين) .

مضى بيان هذا في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وقال[١١٤] مالك في امرأة اعتقت بغير اذن زوجها - جارية لها فرد زوجها عتقها ، قال مالك إن كانت الجارية تكون ثلث مالها - ولها مال تكون الجارية ثلث المال أو أقل من الثلث فإن عتقها جائز ؛ وأما إن كانت الجارية أكثر مالها أو جله ، فإن ذلك لا يجوز منها[١١٥] شيء إلا أن يجيز زوجها ؛ سحنون والعتق جائز حتى يرده الزوج ، ولكنه موقوف لا تجوز شهادته .

قال محمد بن رشد : في الواضحة لمالك من رواية ابن القاسم عنه مثل قول سحنون إنه جائز حتى يرده الزوج ، وقال مطرف وابن الماجشون ذلك مردود حتى يجيزه الزوج ؛ وأنكرا رواية ابن القاسم عن مالك وقالا ذلك بخلاف ذي الدين يعتق وعليه دين ، فعتقه محمول على الجواز حتى يرده الغرماء ؛ فلا يجوز للغرماء الرد إلا من بعد بينات وإثبات ؛ وأما الزوج فلا يكلف اثبات ما يجب له به الرد ، لأن فعلها على غير الجواز ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من المال إلا باذن زوجها[١١٦] ، والأظهر أن فعلها محمول على الجواز حتى يرده الزوج ؛ لأن الزوج إذا لم يعلم أو علم فلمْ يقض برد ولا إجازة حتى مات عنها أو طلقها ؛ يلزمها ما فعلت من العتق وغيره ، وينفذ عليها ؛ هذا هو المشهور في

---

(١١٤) في الأصل (قال) .

(١١٥) في ت (منه) .

(١١٦) مر تخريجه في كتاب الهبات والصدقات .

المذهب ، وقد ذكر ابن المواز عن بعض أصحاب مالك أن العصمة إذا زالت والعبد في يدها تسترقه ، وهو على قياس القول بأن فعلها على الرد حتى يجيزه الزوج ؛ وقد مضى في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات القول في أحكام قضاء المرأة في مالها دون اذن زوجها - مستوفى ، فاكتفينا بذلك عن إعادته هنا ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن حر كانت تحته امرأة ثلثها حر ، وثلثاه رقيق . وله منها ولد ثلثه حر وثلثاه رقيق ؛ فأراد الذين لهم فيه الرق أن يبيعوا ما لهم من الرق ، فأعطوا ثمناً وأرادوا البيع من رجل ، فطلب زوج الجارية أبو الغلام أن يأخذه بالذي أعطوه ، قال أرى ذلك له ؛ لأنه لا يدخل على الذين باعوه مضرة ، ولأن ذلك منفعة للذين يبتاعون الجارية وابنها ؛ لأن ابنها يعتق حين يشتريه أبوه ، فهو منفعة لهم ، ولا أراه يدخل على الأخير ضرر ، فلا أرى إلا ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن الزوج إذا أراد أن يأخذهم بالثمن الذي أعطوا بهم ، فبيعهم من غيرهم بذلك الثمن إضرار بالولد في غير منفعة تصير إليهم ، فلا يمكنون من ذلك ، اذ لا مضرة عليهم في بيعهم من الزوج ، ولا منفعة لهم في بيعهم من سواه ؛ ولو باعوها وحدها دون ولدها ، لم يكن أحق بها بما يعطي فيها ، إلا أن تكون حاملاً ؛ إذ لا تكون له أم ولد إذا اشتراها ، وإن كانت قد ولدت منه قبل الشراء ، إلا أن يشتريها وهي حامل منه ؛ وفي ذلك اختلاف ، قد روى عن مالك أنها لا تكون له أم ولد حتى يكون أصل الحمل بعد الشراء ؛ وقد مضى هذا في أول رسم من سماع عيسى من كتاب النكاح ، وكذا[١١٧] يجب في كل شيء مشترك لا شفعة فيه

---

(١١٧) في ت (وكذلك) .

اذا باع بعض الاشراك أنصباءهم ، أن يكون لمن بـقي منهم أن يأخذ ذلك بالثمن الذي يعطي فيه ، ما لم ينفذ العتق ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب البز

وسئل مالك عن العبد يكون نصفه رقيقاً ، ونصفه حراً ؛ كيف يعملان في خدمته ؟ قال يصطلحان على الأيام ، قيـل لـه أفيواجره[١١٨] شهراً ويعمل العبد شهراً لنفسه ؟ قال لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : حكم العبد المعتق نصفه فيما بينه وبين سيده ، حكم العبد بين الشريكين ، جائز أن يختدمه هذا شهراً ، وهذا شهراً ـ عندما لك ، روى ذلك عنه ابن القاسم[١١٩] في المجموعة ؛ ومثله يأتي في رسم العتق من سماع أشهب وقال ابن المواز لا يجوز ذلك الا في مثل الخمسة الأيام ونحوها ، وبالله التوفيق .

مسألـة

وسئل مالك عن رجل ضرب عبداً له بالسوط لأمر عتب عليه فيه ، فأصاب عينه ففقأها ؛ أترى أن يعتق عليه ؟ قال لا أرى ذلك ، قال ابن القاسم وإنما يعتق في ذلك ما كان على وجه العمد ، ولا يعتق في الخطأ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أنه[١٢٠] لا يعتق العبد في المثلة ، الا أن تكون على وجه العمل الذي يكون[١٢١] فيه القصاص بين

---

(١١٨) في ت ق ٣ (أفتواجره) .

(١١٩) في ت (ابن القاسم عنه) .

(١٢٠) كلمة (أنه) ساقطة في الأصل .

(١٢١) لفظة (يكون) ساقطة في الأصل .

الأحرار ؛ واختلف إن فقأ عينه ، فقال السيد أخطأت وكنت أؤدبه ، وقال العبد بل تعمد ذلك ، فقيل القول قول العبد ، لأن العداء قد ظهر فلا يصدق السيد ، وقيل القول قول السيد ؛ لأن له أن يؤدب عبده ، فهو محمول على ذلك حتى يثبت القصد إلى المثلة واختلف في ذلك قول سحنون ؛ ولو قصد إلى الضرب عمداً في غير أدب ، فأصاب عينه ففقأها ـ ولم يرد ذلك ، لجرى ذلك على الاختلاف في شبه العمد ، هل فيه قصاص ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن عبد نصفه حر ، ونصفه رقيق ـ عتب عليه سيده في شيء صنعه ، أترى أن يضربه ويؤدبه ؟ قال ليس له أن يؤدبه إلا بالسلطان .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن الحرية شائعة في جميعه وإن كانت الحرية تبعاً للرق في[١٢٢] جريان أحكام الرق عليه في الميراث ، والشهادة ، والإمامة ، وسقوط الزكاة في ماله ، وإن كان يملك ملكا تاما ليس لسيده انتزاعه منه ؛ واختلف في زكاة الفطر عنه ، فقيل إنها على سيده ، لأنه يرثه إن مات ؛ وهو قول مالك في رواية مطرف ، وابن الماجشون ، وقولهما ، وقول المغيرة وغيره من مشايخ المدينة ، واختيار ابن حبيب ؛ وقيل إنها عليه وعلى سيده ، وهو قول أشهب ؛ وقيل أن على السيد من زكاة الفطر بقدر ماله ، وليس عليه هو شيء وهو قول ابن القاسم وابن وهب وروايتهما عن مالك ، وقول ابن عبد الحكم وأصبغ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل باع أُهُباً بثمن ، ثم انتقلها الى منزله

---

(١٢٢) كلمة (في) ساقطة في الأصل .

فأقامت عنده خمسة أيام ، ثم جاءه يتقاضاه ثمنها فمطله ؛ فقال : أتحب أن أقيلك منها ؟ قال نعم ؛ قال فارددها من حيث أخذتها ، فردها[١٢٣] ؛ ثم حلف البائع أن عليه عتق رقبة إن كان لي عليك أن أحلف عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم لاستحلفنك أنك ما خلطتها بشيء ؛ قال ذلك له إن يبعه[١٢٤] ـ أن يحلفه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إن له أن يحلفه إن ادعى عليه أنه خلطها ، وحقق الدعوى عليه في ذلك باتفاق ، وإن لم يحققها عليه فعلى اختلاف ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن رجل استباعه عبد له فحلف بحريته الاَّ يبيعه ، فوهبه لبعض ذوي قرابة ، أترى عليه في يـمينه شيئاً ؟ قال : إن كان أراد ألاَّ يفارقه فقد فارقه ، فكأنه رأى إن أراد ذلك فقد حنث .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله من أنه كان إن أراد ألاَّ يفارقه فقد فارقه ؛ وفي قوله فكأنه رأى إن أراد ذلك فقد حنث ـ نظر ، لأنه يتهم في إبطال الهبة بما يدعي من النية ، والذي يوجبه النظر أن يصدق في ذلك إن كان لم يدفع العبد الى الموهوب له ، كمن وهب عبداً ثم أعتقه قبل أن يقبضه الموهوب له (وأما إن كان دفع العبد الى الموهوب)[١٢٥] ثم ادعى بعد ذلك أنه أراد ألاَّ يفارقه ، فلا يصدق في ذلك ، إلا أن يصدقه الموهوب له ؛ فإن صدَّقه ، أعتق ؛ وإن لم تكن له نية ، حملت يمينه على ما لفظ به من

---

(١٢٣) كلمة (فردها) ساقطة في ت .

(١٢٤) كذا في ق ٣ ، وثبت في الأصل (أن أبيعه) ، وفي ت (أبيعه) ـ بإسقاط (ان) .

(١٢٥) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

البيع ، ولم يلزمه في هبته شيء لقرابته ولا لغير قرابته ، إلا أن يكون وهبه للثواب فعتق عليه ، ويرد الثواب ؛ لأن الهبة للثواب بيع من البيوع ، وذلك على مذهب مالك فيمن قال إن بعت عبدي فهو حر ، فباعه ؛ أنه يعتق على البائع ، وأجاز في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب بعد هذا أن يهبه لمن لا يريد منه ثواباً ؛ وكره أن يهبه لبعض أهله مخافة أن ينجر اليه منه على ذلك ثواب ، وقال ابن نافع أكره الهبة ، لأني أخاف الدلسة في ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عن الرجل يعتق العبد ، ويعتق أباه رجلٌ آخر ، فيكتب فلان بن فلان أوفلان[126] مولى فلان ؛ فقال بل أرى أن يكتب فلان بن فلان ولا أرى أن يدع ذلك ؛ فقيل له : فإن قال المولى فإني أخاف أن يقطع ولائي ، قال فيكتب فلان بن فلان ويجعل فيه نفسه مولى فلان فيجمعهما جميعاً ؛ فقيل له فالرجل المعتق الذي لا يعرف أبوه : يكتب ذلك فلان بن فلان ، فقال إنهم ليفعلون ذلك ؛ فقيل له إن مولاه يريد ألَّا يدعه ، وذلك إنه يقول أني أخاف أن يقدم هذا حتى ينقطع علم أني[127] مولاه ، ويثبت له هذا النسب الذي لا يعرف ؛ قال إن علم ذلك منع ، وإن هذه أمور إنما تكتب[128] حين ينزل ـ يريد الموت .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله من أن الاختيار في معتق الرجل يعتق أباه رجلٌ آخر، أن يكتب فلان مولى فلان ـ يجمع النسب والولاء

---

(١٢٦) في ت (ان) .

(١٢٧) في ت (أنى ذلك مولاه) .

(١٢٨) في الأصل (تكتب) .

لكل واحد منهما ؛ وأن[١٢٩] المعتق الذي لا يعرف أبوه يكتب فلان مولى فلان ولا يكتب فلان بن فلان[١٣٠] منتسباً بذلك إلى من لا يعرف أنه أبوه ، لئلا ينقطع علم ولائه ويثبت له هذا النسب الذي لا يعرف ، وذلك ما[١٣١] لا يحل له ؛ وأما إن كتب فلان بن فلان ملغزاً بذلك غير منتسب الى أحد ، فذلك مكروه له ـ حسبما يأتي في رسم نذر ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله باع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن عبد كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه ، فلما بلغ الآخر أعتق نصيبه ؛ قال مالك العتق جائز والولاء بينهما ؛ قال ولو أنه إذ[١٣٢] بلغ عتق صاحبه قال لا أعتق، ولكني[١٣٣] أطلب حقي فيه وكان صاحبه موسراً ، ثم بدا له أن يعتق ؛ لم أر ذلك له ؛ قال مالك إذا رد ذلك حين بلغه وقال لا أعتق ، ولكن أطلب حقي فيه ، فليس له بعد ذلك أن يرجع إلى العتق ، ورأى أن يعتق على الأول .

قال محمد بن رشد : تقويم العبد على الموسر المعتق لحظه منه ، يجتمع فيه ثلاثة حقوق : حق لله عز وجل ، وحق للعبد ، وحق للشريك الذي لم يعتق ؛ (فحق الله تعالى ، وحق العبد في إكمال العتق له ؛ فليس للعبد

---

(١٢٩) في الأصل (وأما) .

(١٣٠) جملة (ولا يكتب فلان بن فلان) ـ ساقطة في الأصل .

(١٣١) كلمة (ما) ساقطة في الأصل .

(١٣٢) في ت (إذا) .

(١٣٣) في الأصل (ولكن) .

أن يرضى بترك تقويمه ـ يعني أن يبقى بعضه رقيقاً من أجل حق الله تعالى في إكمال حريته وحق الشريك الذي لم يعتق)(١٣٤) في التقويم على المعتق من أجل أنه قد أعاب عليه حظه بعتقه لحظه ، لأن ذلك ينقص من قيمته له ان تركه إن شاء ـ بشرط أن يعتق حظه منه من أجل حق الله عز وجل في إكمال حريته ؛ فإذا رضي بترك حقه في التقويم وأعتق حظه ، جاز ذلك وكان الولاء بينهما كما قال ، ولا اختلاف في ذلك ؛ والواجب ان يخير في ذلك ابتداء ، وكذلك حكى ابن حبيب عن مالك أنه لا يقوم على الأول حتى يعرض على شريكه أن يعتق ، فإن أعتق فذلك له وان أبى قُوّم على الأول ؛ واختلف إن أبى أن يعتق ـ واختار التقويم ، ثم بدا له أن يرجع إلى العتق ؛ فقال في هذه الرواية ومثله في المدونة : ليس ذلك له ؛ والوجه في ذلك أنه لما ترك حقه في العتق وجب التقويم على الأول وصار حقاً له لا يخرج عن يده إلا برضاه ؛ وحكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون ، وعن مالك من رواية ابن وهب(١٣٥) ، وعن ابن القاسم من رواية ابن عبد الحكم وأصبغ ، أن له أن يرجع إلى العتق ما لم يقوم ؛ ووجه هذا القول إنه رأى قوله أنا أقوم ، عدة منه بذلك لم يجب بعد ، فله أن يرجع عنها ؛ وكذلك لو قال أنا أعتق حظي ولا أقوم ، ثم أراد أن يرجع إلى التقويم لم يكن ذلك له على القول الأول ، وكان له على القول الثاني ، إذ لا فرق ويلزم الرجوع عن التقويم إلى العتق ، وعن العتق إلى التقويم ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل كانت له جارية فحلف بعتقها إن كلم رجلاً من الناس ، ثم إن تلك الجارية ولدت أولاداً فكلمه بعدما ولدت ، قال

(١٣٤) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطر ونصف ـ ساقط في الأصل .

(١٣٥) في الأصل (ابن وهب عن مالك) ـ بزيادة (عن مالك) .

إني لأستحب لولدها أن يدخلوا معها في العتق ـ وما هو بالبين ؛ وأما الذي يحضرني الآن في رأيي فإني أرى أن يدخل ولدها معها في عتقها .

قال محمد بن رشد : القياس ألاَّ يدخل معها[١٣٦] ولدها في العتق ، لأنه فيها على بر ، وله[١٣٧] أن يطأ ويبيع ؛ إلا أن قول مالك قد اختلف في ذلك ، مرة كان يقول يعتق ولدها ، ومرة كان يقول تعتق بغير ولدها ؛ ولكن الذي ثبت عليه من ذلك واستحسنه على كره ـ أن تعتق هي وولدها على ما قاله[١٣٨] في هذه الرواية ، وفي رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى ، وفي رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ، ورسم العرية من سماع عيسى من كتاب الوصايا ؛ وأما اليمين التي تكون فيها على حنث ، مثل أن يحلف بعتقها ليفعلن فعلاً ـ ولا يضرب لذلك أجلاً ، فالقياس أن يعتق ولدها بعتقها وهو المشهور من قول مالك ؛ وقد روي عن مالك أن ولدها لا يدخل في اليمين ـ وهو قول المغيرة المخزومي ، وان ضرب أجلاً ليمينه بعتقها ليفعلن فعلاً فهو أخف ، وفي دخول ولدها في اليمين اختلاف ؛ لأن مالكاً إذا رأى في أحد قوليه أن الولد يدخل في اليمين التي يكون فيه[١٣٩] على بر ، وله أن يطأ ويبيع ؛ فأحرى أن يرى ذلك في هذه اليمين التي يمنع فيها من البيع ، ويختلف في جواز الوطء له ، وبالله التوفيق .

---

(١٣٦) في ت (ولدها معها) .

(١٣٧) في الأصل (وله فيها ان) ـ بزيادة (فيها) .

(١٣٨) في ت (قال) .

(١٣٩) في ت (فيها) .

ومن كتاب صلى نهاراً

وسئل عن رجل حلف ألا يقاطع مكاتبه على مائَة دينار فحلف بحريته ، فإن فعل فهو حر ، فقاطعه بأكثر من مائة ، ثم أراد أن يقطع عنه ؛ قال مالك ما أحب ذلك له بحدثان ذلك ولكن لو أقام أياماً ، لم أر بذلك بأساً ، وأكره ذلك بحدثانه .

قال محمد بن رشد : قد مضى في رسم طلق بن حبيب القول في بيان معنى هذه المسألة ، فلا معنى[١٤٠] لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن رجل قاطع مكاتباً بينه وبين امرأته ثم إنه دعاه بعد[١٤١] القطاعة[١٤٢] ، فقال له لم ترض امرأتي ، فقال رجل كان معهما جالساً ـ وهو يلعب ـ أنا أشهد أن امرأته قد أجازت ؛ فقال : كل مملوك لي حر لوجه الله ، لئن شهدت على ذلك إن لم أكسه[١٤٣] ثوبين يعني مكاتبه ، فقال ما كنت إلا ألعب ما أشهد ؛ قال مالك ما أرى عليه شيئاً من الثوبين ولكن يتورع ويدفعهما ان كان أمرهما يسيراً .

قال محمد بن رشد : هذا بيِّن على ما قاله من أنه لا شيء عليه ، لأنه لم يشهد بما قاله ولا حققه ، بل أقر على نفسه أنه ما اعتقده ، وإنما قاله هازلاً ، فلم يلزمه حنث .

---

(١٤٠) في ت (وجه) .

(١٤١) هكذا في ت ، وفوقها علامة (ع) ، وفي ص ق ٣ (بعض) .

(١٤٢) في ت (انقطاعه) .

(١٤٣) في ت (أكسوك) .

ومن كتاب نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن عبد نصفه حر ونصفه مملوكاً أيعتق الذي له فيه الرق نصفه ، ويشترط نصف ماله ، قال ليس ذلك له ، وأرى ان يعتق ويقر المال بيد العبد البائع ؛ قال ابن القاسم وذلك أن المال للعبد المعتق كله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن العبد إذا أعتق بعضه ملك ماله ، ولم يكن للذي بقي له فيه الرق انتزاعه ولا أخذ شيء منه ، فإذا لم يكن له انتزاعه(١٤٤) لم يجز له في المعتق استثناؤه ، لأنه إنما له أن يستثني في العتق ما له أن ينتزع قبل العتق، وما يكون أحق به في البيع، وان لم يستثنه ؛ قال ابن المواز قال فلو(١٤٥) كان بمعنى الكتابة جاز ذلك له ، وقوله صحيح ، وذلك مثل أن يقول له أعتقك على أن يكون لي نصف مالك فيرضى بذلك ، وأما إذا أعتقه واستثنى ماله دون رضاه ، فلا يجوز ذلك له ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل مالك عن رجل حلف بعتق غلام له إن لم يقض رجلاً ماله ، أفله أن يبيعه إذا لم يكن عنده شيء يقضيه ؛ لأنه يقول أبيع وأقضي ، قال لا أرى أن يبيعه حتى يقضيه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنها يمين هو فيها على حنث ، فليس له أن يبيعه على ما في المدونة وغيرها ، فإن باعه رد البيع

---

(١٤٤) جملة (ولا أخذ شيء . . . انتزاعه) ساقطة في الأصل .

(١٤٥) في الأصل (فإن) .

ووقف ، فإن بر بالقضاء[١٤٦] فلا شيء عليه ، وإن لم يقضه حتى مات ، عتق في ثلثه على معنى ما في المدونة وغيرها ؛ وهو نص ما في رسم باع شاة من سماع عيسى بعد هذا، ومثله حكى ابن المواز عن مالك ، وزاد أنه إن قضاه قبل[١٤٧] أن يرد البيع فلا يرد ، ومثل هذا في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ بعد هذا ، أنه لا حنث عليه إن أوفاه حقه ويجوز البيع ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن امرأة لها شرك في عشرة رؤوس[١٤٨] ، وحلفت في أمر لتفعلنه ودعت شركاءها إلى أن تقاسمهم حتى تأخذ من ذلك حصتها ، فقاسمتهم فصار لها رأس ؛ أترى اليمين ترجع عليها في ذلك الرأس الذي صار لها منهم ، قال نعم أرى أن ترجع عليها[١٤٩] اليمين فيه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن حقها من العبيد الذين حلفت بحريتهم قد تميز بالقسمة فيما صار لها منهم ، فوجب أن ترجع اليمين عليها فيهم ، ولا تجوز لها القسمة فيهم إلا بالقرعة ؛ لأنها هي التي قيل فيها إنها تمييز حق ؛ وأما القسمة على التراضي فلا تجوز فيهم ، لأنها بيع من البيوع باتفاق ؛ والبيع فيهم لا يجوز باتفاق ، لأنها يمين هي فيها على حنث لو لم تبر حتى ماتت[١٥٠] ، لعتق حظها منهم في ثلثها ؛ ولو كانت يمينها إلى أجل فحنثت بمضي الأجل في حياتها وصحتها[١٥١] قبل القسمة ، لعتق عليها

(١٤٦) في الأصل (في القضاء) .
(١٤٧) في ت (بعد) .
(١٤٨) في ت (أرؤس) .
(١٤٩) في الأصل (عليه) .
(١٥٠) في ص ق ٣ (مات) .
(١٥١) في الأصل (وفي صحتها) .

حظها منهم وحظ شركائها بالقسمة على الحكم فيمن أعتق شركاً له في عبد ، إذ لا فرق بين أن يبتدىء عتقهم ، أو يحنث بالعتق فيهم ، وقد قيل إنها تقاسم أشراكها فيهم بعد الحنث، ولا يعتق عليها منهم، إلا ما صار لها نصيبها ـ قاله محمد بن المواز ، فقيل إنه خلاف لما في المدونة من أنه من حنث بعتق رقيقه وله أشقاص من عبيد ، أنهم يعتقون عليه ، ويقوم عليه بقية العبيد الذين لهم فيهم الشقوص ، وقيل إنه فرق بين أن يكون له شريك واحد في جميعهم ، أو شريك في كل رأس ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عن النصراني يسلم على يدي رجل فيريد أن يكتب فلان بن فلان ، فقال إني لأكره ذلك ؛ وقوم يعتقون عبيداً لهم فيكتبون كذلك[١٥٢] فيكذبون في قولهم ، قال وما يعجبني أن يفعل ذلك ؛ قيل له فإن النصراني يكون اسمه جريجا أو يحيىٰ فيسمى باسم أهل الإسلام ، قال لا بأس به .

قال محمد بن رشد : الذي كره مالك للذي يسلم على يدي الرجل فيكون ولاؤه لجميع المسلمين ، أو للذي يعتقه الرجل فيكون ولاؤه له ، أن يكتب فلان بن فلان ، هو أن يلغز بذلك فيكتب[١٥٣] فلان بن عبد اللّٰه أو ابن عبد الرحمن ، فيظن من سمعه أن أباه رجل من المسلمين ؛ فكره ذلك من أجل أنه ينحو إلى الكذب فيما يظنه السامعون ـ وان كان لم يكذب هو فيما قاله من أن أباه هو عبد اللّٰه أو عبد الرحمن[١٥٤] ؛ وأما أن ينتسب إلى غير أبيه من أهل الكفر ، أو أهل الإسلام ؛ فهذا ما لا يحل ولا يجوز ، فقد جاء الحديث

---

(١٥٢) في ت (فكذلك يكتبون) .

(١٥٣) في الأصل (فيقال) .

(١٥٤) في ص ق ٣ (ابن عبد الله ، وابن عبد الرحمان) .

بالنهي عن ذلك ، وان فاعله ملعون[١٥٥] ؛ وأما أن يبدل الرجل اسمه باسم يختاره إذا أسلم من أسماء الإصلاح ، فهذا جائز لأنه لا بأس به كما قال في الرواية ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله المحرم يتخذ خرقة لفرجه

وسئل مالك عن محمد بن سليمان ، وكان أوصى في جوارٍ له أن يحبسن سبعين سنة ، ثم هن أحرار ؛ قال مالك هو غير جائز ، وأرى أن ينظر السلطان فيه ؛ فإن رأى أن يبعن بعن ، وان رأى أن يعتقن أعتقن (وعجل عتقهن)[١٥٦] ولا يتركن هكذا ، قال ابن القاسم وهو رأيي ؛ وسئل عنها ابن الماجشون فقال ينظر إلى ما سمي من الأجل ، فإن كان أجلاً لا يبلغه أعمارهن بعد ، وكان ذلك بمنزلة من أعتق عبداً بعد موته ؛ وإن كان أجلاً يبلغه أعمارهن وقفن الى الأجل ، وخرجن أحراراً إن حملهن الثلث ـ ثلث الميت .

قال محمد بن رشد : وجه النظر الذي صرفه مالك إلى الامام في هؤلاء الجواري اللائي[١٥٧] أوصى سيدهن أن يعتقن بعد سبعين سنة ، هو ان ينظر فمن كان لها من السن ما يعلم حقيقة أنها لا تعيش سبعين سنة ، مثل أن تكون بنت أربعين أو خمسين أو ستين ، فإنها تباع ؛ لأنها تعلم أن العتق لا يدركها ؛ فهي كمن أوصى لها بالعتق بعد موتها ، ومن كان لها منهن من

---

(١٥٥) رواه ابن ماجه من حديث ابن عباس .

(١٥٦) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٥٧) ثبت في سائر النسخ (اللذين) والصواب ما أثبته .

السنين ما يمكن أن تعيش سبعين سنة مثل أن تكون بنت عشر سنين ، أو بنت عشرين ، فإنه يعجل عتقها ، إذ لا يجوز أن تباع ـ ولعل العتق سيدركها ، ولا أن تحبس سبعين سنة ، لما في ذلك من الضرر عليها بقصد السيد إلى ذلك في ظاهر أمره ؛ فهذا معنى ما ذهب إليه مالك ـ والله أعلم ، لأنه صرف الأمر في ذلك إلى السلطان ليعمل فيه بهواه من غير نظر ؛ وأما ابن الماجشون فرأى الحد في ذلك ما يعمر إليه المفقود على الاختلاف في ذلك من ثمانين إلى مائة في المشهور في المذهب ؛ فمن كان سنها منهن ينتهي إلى حد التعمير وقفت ، ومن كان سنها منهن لا ينتهي إلى حد التعمير ويقصر عنه بيعت ، وهو القياس ، إلا أنه إغراق ؛ فالعدول عنه إلى ما قاله مالك على سبيل الاستحسان أحسن ، وقد بينا وجهه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل مالك عن المملوك إذا عمي أترى أن يعتق ؟ قال وكان الذي سأله سمع في ذلك شيئاً ، فأنكر ذلك وقال ما علمت أنه يعتق .

قال محمد بن رشد : السؤال عن هذا مثل ما في كتاب الزكاة الثاني من المدونة من السؤال على أهل البلاء من العبيد ، هل يعتقون على ساداتهم لما أصابهم من البلاء نحو الجذام والعمى ؟ فقال إنهم لا يعتقون ، والذي ذهب إليه من رأى أنهم يعتقون على ساداتهم ، هو ذهاب الانتفاع بهم لما حل بهم من هذه البلايا شبيهاً بما قيل فيمن وطىء أمة له من ذوات محارمه اللائي لا يعتقن عليه فحملت منه ، أنها تعتق عليه من أجل أنه لا منفعة فيها ، إذ ليس له أن يستخدمها ولا يطأها ـ وهي لا تشبهها ، وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون من كتاب الأقضية

قال سحنون أخبرني أشهب وابن نافع قالا سئل مالك عمن حلف لرجل له عليه حق بالعتق والطلاق ليقضينه حقه أو ليرضينه منه لإجل كذا وكذا ، فأرضاه ببعض حقه لذلك الأجل ، وأخره (بما بقي منه)[١٥٨] إلى أجل آخر ولم يشترط عليه حين أكلأه إلى الأجل الآخر شيئاً ـ طلاقاً ولا غيره ، أفترى عليه اليمين كما هي ؟ فقال إني أخاف ذلك وما هو بالبين ، فقيل له فإن الأجل لم يأت ؛ أفترى أن يكلىء صاحبه ؟ قال نعم ؛ قيل له أترجو أن يكون ذلك مخرجاً ؟ قال نعم ؛ إني لأرجو[١٥٩] ذلك وما هو بالبين ؛ قال ابن نافع لا يلزمه اليمين في التأخير الثاني إلا أن يشترط ذلك المحلوف إليه .

قال محمد بن رشد : الخوف على الحالف في بقاء اليمين عليه في الأجل الثاني في هذه المسألة ضعيف، لأنه قد بر بإرضائه إياه قبل الأجل، فلا تبقى عليه اليمين في الأجل الثاني إلا بشرط ـ كما قال ابن نافع ؛ وقد قال ابن دحون إن قول مالك أبين من قول ابن نافع ، لأن الحالف حلف أن يرضي غريمه وقد أرضاه بما دفع إليه عند الأجل ، وبالوقت الذي جعلاه للباقي ؛ فالرضى متعلق بسببين : بأجل الباقي ، وبما دفع ، فاليمين باقية عليه حتى يفي له بالباقي إلى الأجل الذي اتفقا عليه ؛ هذا نص قول ابن دحون ـ وليس ببين لما ذكرناه من أن الحالف قد بر في الأجل الأول ، فلا تبقى اليمين

(١٥٨) جملة (بما بقي منه) ـ ساقطة في الأصل .

(١٥٩) في ت (أنا أرجو) .

عليه في الأجل الآخر إلا بشرط ؛ وقد قيل في الذي يحلف لقضين فلاناً حقه إلى أجل[١٦٠] - إلا أن يشاء أن يؤخره فأخره ؛ ان اليمين لا تبقى عليه في الأجل الثاني - حسبما ذكرناه في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الايمان بالطلاق ، فكيف بهذه المسألة التي قد بر فيها قبل الأجل ؛ وقد مضى في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى من كتاب النذور ، القول فيما يبر به من حلف ليرضين فلاناً من حقه - مستوفى ، فلا وجه لاعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسئل عن الموسر يكون له أب مملوك أيشتري عليه فيعتق ؟ قال لا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه لا يحكم عليه بذلك ، إذ ليس هو واجب عليه وجوب الفرائض التي تتعين في المال كالزكاة ، ولكنه من الحقوق الواجبة له عليه بحق إحسانه إليه ، روي عن النبي عليه السلام انه قال لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه[١٦١] . أي فيعتقه بشرائه إياه ، لا أنه يكون مملوكاً له حتى يستأنف له العتق ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عمن حلف لغريم بعتق جاريته ان لم يقضه لأجل سماه ، فلما كان اليوم الذي ينقضي فيه الأجل باعه بتلك الدنانير جاريته ؛ قال لا أرى ذلك يخرجه من يمينه ، لأن عليه العهدة حتى

---

(١٦٠) في ت (الأجل) .

(١٦١) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه .

تحيض ؛ قيل له أرأيت إن أحاله على رجل ؟ أيجزئه ذلك من يمينه ؟ قال لا .

قال محمد بن رشد : قوله : لأن عليه العهدة حتى تحيض ، معناه : لأن الضمان منه حتى تحيض ، وهذا إذا كانت رقيقة يواضع مثلها ، أو كانت قد وطئها سيدها ؛ وأما إن كانت من الوخش لم يطأها سيدها ، فيبر بدفعها إليه في الدين قبل حلول الأجل ولو لم يبر ، إذ لا عهدة فيها على ما مضى في نوازل سحنون من كتاب العيُوب ، لأنه بيع يقتضي المناجزة خوف الدين بالدين ؛ ولا اختلاف فيمن حلف على القضاء أن لا يبر بالإحالة ، وإنما يبر بالإحالة من حلف ليرضين[١٦١] رجلاً من حقه على الشرطين اللذين ذكرناهما في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى من كتاب النذور ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن امرأة حلفت بحرية جارية لها إن باعتها ، قالت هي حر إن بعتها عشر سنين ، ثم ندمت فأرادت بيعها ؛ فهل لها في ذلك مخرج ؟ فقال لا ، إلا أن تعتقها ، أو تهبها لمن لا تريد منه ثواباً ؛ وأما أن تهبها لبعض أهلها ، فإني أكره ذلك ؛ قال ابن نافع أكره الهبة ، لأني أخاف الدلسة في ذلك .

قال محمد بن رشد : كره مالك أن تهبها لبعض أهلها مخافة أن ينجز إليها من قبله على ذلك ثواباً ، والهبة للثواب بيع من البيوع ؛ وأبقى ذلك ابن نافع في الهبة للأجنبي ، فكرهها بكل حال ؛ ولو تصدقت بها لم يكن للكراهية في ذلك وجه ؛ وهذا إذا لم تكن أرادت بيمينها ألّا تفارقها ، ولا كان ثم بساط يدل على ذلك ؛ ولو حلفت بحريتها إن لم تبعها إلى عشر سنين ، لم يكن لها

---

(١٦١) مكرر - في الأصل (ليقضين) .

أن تهبها على حال ، ولا أن تتصدق بها . لأن الحالف بعتق عبيده أن يفعل كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا ، ليس له أن يبيعهم ، لانهم مرتهنون باليمين ـ قاله في المدونة وغيرها ؛ وقد رأيت لابن دحون على هذه المسألة كلاماً مختلاً غير صحيح ، فلم أر لذكره وجهاً ، وباللَّه التوفيق .

مســألة

وسئل مالك عمن حلف لرجل في ذكر حق له عليه بحرية جارية له ان لم يقضه إلى أجل سماه ، إلا أن تدخل عليه عرجة في بيع جاريته التي حلف بها ، فيؤخر سبعة أيام؛ فباعها عند الأجل فطلب منه الاستبراء ، فقال له مالك أهذه العرجة التي أردت ؟ قال نعم هذه هي التي أردت إلا أن يدخل علي في بيعها دخل ؛ قال مالك يحلف باللَّه الذي لا إله إلا هو ، ولا أرى عليه شيئاً .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنه لما حلف بحرية جاريته أن يقضيه حقه إلى الأجل ، إلا أن تدخل عليه عرجة في بيعها ، دل ذلك على أنه إنما أراد أن يقضيه حقه من ثمنها ، فلما باعها وطلب منه المشتري الاستبراء ، أي المواضعة ، كان المعنى في ذلك ، أنه أبى أن يدفع إليه الثمن حتى تخرج من المواضعة على ما يوجبه الحكم ؛ فأشبه أن يكون هذا هو الذي خشي الحالف ، ولذلك استثنى في يمينه بما استثنى ، فلذلك رأى مالك أن يصدق في ذلك مع يمينه ، وقد قال غيره إنما أجيز له هذا إذا باعها لوقت يمكن فيه استبراؤ ها قبل أن ينقضي الأجل فيطول ذلك بها ، فهذا الذي تقبل منه نيته ، فأما إن تركها إلى آخر الوقت فلم يدخل عليه دخل هو ادخله على نفسه ، ولم يتكلم مالك في الرواية على هذين الوجهين ، وإنما تكلم على أنه باعها عند الأجل ، ولم يكن بين يمينه وبين بيعه إلا أيام[١٦٢]

---

(١٦٢) ثبت في سائر النسخ (اياماً) ـ والصواب ما اثبته .

يسيرة لا يستبرأ في مثلها السبعة الأيام ونحوها ـ على ما ذكره ؛ وقد مضى توجيه قوله في إيجاب اليمين عليه فيما ادعاه من نيته ، وأما إذا باعها لوقت يمكن فيه استبراؤها فيطول ذلك بها ، فتقبل منه نيته دون يمين ، وإذا حلف وبينه وبين الأجل من المدة ما يستبرأ فيه فترك بيعها ـ إلى آخر الوقت فطلب منه الاستبراء ، فلا يصدق أنه أراد ذلك ، لأنه أمرٌ أدخله على نفسه ، فوجه يصدق فيه مع يمينه ، ووجه يصدق فيه دون يمين ، ووجه لا يصدق فيه ؛ فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

وسئل مالك عن امرأة وقع لها على جاريتها شيء ، فقالت كل مملوك لي حر ـ إن عفوت عنك ، إلا أن يعفو عنك السلطان ؛ فأرادت بيع رقيقها وتعفو عنه . ولا تبلغ(١٦٣) به السلطان ؛ فقال ليس لها أن تبيع رقيقها في هذا الموضع ، إنما حلفت لتبلغن به السلطان فلا أرى بيع رقيقها في هذا الموضع ، قال أشهب وإنما فرق بين الذي يقول كل مملوك لي حر إن ضربتك ، وبين الذي يقول إن عفوت عنك ؛ لأن الذي يقول إن ضربتك فهو على البر ـ أبداً حتى يضربه ، لأنه تارك للضرب ؛ فهذا يجوز له بيع رقيقه ، وان الذي يقول إن عفوت عنك هو على الحنث أبداً حتى يأخذ الغير ، لأنه تارك لأخذ الغير بأخذه ، وذلك أن الذي يقول إن عفوت عنك هو ان لم أضربك .

قال محمد بن رشد : حمل مالك وأشهب في هذه الرواية يمين

---

(١٦٣) في ت ق ٣ (يبلغ) ـ بالياء .

الحالف على المعنى الذي ظهر من قصدها ، لا على لفظها ؛ لأنها أرادت بقولها إن عفوت عنك إن لم أرفع أمرك إلى السلطان فيأخذ لي بحقي منك على ما ظهر من قصدها ؛ وهذا يتخرج على قولين ، لأن المعنى الذي صرف يمينها اليه مظنون ليس بمعلوم - حسبما بيناه في رسم جاع من سماع عيسى من كتاب النذور ؛ ففرق بين يمينها ألا تعفو عنه ، ويمينها ألا تضربه ، بأن جعل يمينها على ألا تعفو عنه على الحنث ؛ لأن المعنى فيه عنده لِتضربنه ؛ ومن حلف بعتق عبده ليفعلن فعلاً لا يجوز له أن يبيعه حتى يفعل ذلك الفعل ، فإن مات قبل أن يفعل عتق في ثلثه ؛ بخلاف من حلف ألاَّ يفعل فعلاً ، هذا يجوز له أن يبيعه ، لأنه على بر ؛ فإن باعه لم يكن عليه شيء ؛ فإن اشتراه بعد ذلك ، رجعت عليه اليمين ، لأنه يتهم انه باع على أن يشتريه منه بشرط لتنحل عنه اليمين؛ فقد[١٦٤] قيل إنه إذا اشتراه من غير الذي باعه منه، لم ترجع عليه اليمين ؛ وقيل إنه إذا بيع عليه في الدين ، أو اشتراه ممن بيع[١٦٥] عليه في الدين ، أن اليمين لا ترجع عليه ، وهو قول أشهب ؛ ومذهب ابن القاسم أن اليمين ترجع عليه إلا أن يعود (اليه)[١٦٦] بميراث ، لأن التهمة في الميراث مرتفعة على كل حال ؛ وقول اشهب حتى يأخذ الغير ، معناه حتى يأخذ جزاء[١٦٧] الجناية عليه ، لان الغير القود ، قال ذلك ابن لبابة ، واستدل على ذلك يقول الشاعر :

هلا سكتم فتخفي بعض سوءتكم إذ لا يغيــر فـي قتــلاكـم غيــر

وقال الكسائي الغير : الدية ، وجمعه أغيار . وقال[١٦٨] أبو عمرو

---

(١٦٤) في ت (وقد) .
(١٦٥) في ت (يبيع) .
(١٦٦) كلمة (إليه) ساقطة في الأصل .
(١٦٧) في الأصل (جزء) .
(١٦٨) في ت (قال) .

الغير[١٦٩] جمع الدية وواحده غيرة . وقال أبو عبيد إنما سميت الدية غيراً ؛ لأن القتل وجب فغير بأخذ الدية ، وباللّه التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثالث

وقال مالك ما تقولون في رجل يحلف بالعتق في غلام له ألا يحله من الحديد ، ولا يدخل المدينة سنة محددة ونحاه عن المدينة حتى مات على ذلك ولم تمض السنة ؛ فأراد الورثة أن يحلوه من الحديد ويدخلوه المدينة قبل أن تتم السنة ؛ فقال له ابن كنانة : أما هو فقد مات على البر (ولم يحلف ليجرده سنة ـ عاش أو مات فقد مات على البر)[١٧٠] وصار لغيره ، فليس عليهم أن يعفوا عن هذا العبد حتى تمضي السنة ، فلا يباع ، فيقضي دين الميت ان كان عليه[١٧١] دين ، أو يقسم على أهل الميراث من ورثته ؛ لأنه مات على البر ؛ قال مالك إنما يخاف على الورثة أن يكونوا في ذلك بمنزلة الميت ؛ أرأيت إن[١٧٢] قال هو حر إن لم أضربه فمات قبل أن يضربه ، فقال له ابن كنانة إن هذا ليس مثله ؛ هذا قد مات حانثاً إذ مات قبل أن يضربه ؛ ولو أراد الورثة أن يضربوه بعد الموت ، لم يخرجه ذلك عن الحنث ؛ فكما كانوا لا يقدرون على اخراجه في هذا من الحنث ، لانه مات على الحنث ، فكذلك لا يقدرون على إحناثه بعد موته في هذا الآخر ؛ لأنه مات على البر ؛ قال مالك

---

(١٦٩) في ص (عمر) .

(١٧٠) جملة (ولم يحلف . . . على البر) ساقطة في الأصل .

(١٧١) في ت ق ٣ (على الميت) .

(١٧٢) في ت ق ٣ (لو أنه) .

أرأيت لو أنه حين مات أمر بضربه ؟ فقال (له ابن كنانة : هذا له شيء ، آخر ، فقيل له : لعلك قد قلت فيهما شيئاً ؟ قال لا بعد ، قال أشهب)(١٧٣) القول قول ابن كنانة في الوجهين جميعاً .

قال محمد بن رشد : لا إشكال في أن الذي حلف ألَّا يحل غلامه من الحديد ولا يدخله المدينة سنة ، لا حنث عليه إذا مات قبل السنة ؛ لأنه مات على البر ، إذ لا يحنث إلا بحله من الحديد قبل السنة ؛ ولا شيء على الورثة في حله من الحديد قبل تمام السنة على ما قاله ابن كنانة ، ولم يعترض مالك عليه فيما اعترض عليه به وهو يعتقد خلاف قوله ، وانما أراد بذلك اختبار معرفته ، والوقوف على صحة نظره ، واللَّه أعلم ؛ وليس في قول ابن كنانة ولم يحلف ليجرده سنة ـ عاش أو مات ، دليل على أنه لو حلف على ذلك لحل الورثة محلهُ ، لحنثوا ولزمهم عتقه ان حلوه قبل السنة ، إذ لم يرد ذلك ؛ وإنما أراد أنه لو حلف على ذلك ، لكانت وصيته له بالعتق على شرط أن يحلوه من الحديد قبل تمام السنة ؛ فان حلوه منه قبل تمام السنة ، خرج حراً من ثلث مال الميت ، وهو الذي نحا إليه مالك بقوله أرأيت لو أنه حين مات أمر بضربه ؟ فقال له ابن كنانة ، هذا له شأن آخر يريد أنه إن أوصَى بذلك ، كانت وصية للعبد بالعتق إن حلوه من الحديد قبل تمام السنة ، فهذا معنى ما ذهب إليه مالك وابن كنانة ، ووجه قولهما فيها ، وباللَّه التوفيق .

مســألة

وسئل عن الرجل من أهل مصر يغيب إلى المدينة فيموت بها ، أيقسم ورثته بمصر ماله إذ علموا موته ، أم يؤخرون ذلك حتى يعلموا أتزوج في غيبته أم لا قال إن شك في أمره لم يقتسم(١٧٤)

---

(١٧٣) عبارة (له ابن كنانة . . . قال أشهب) ـ ساقطة في الأصل .

(١٧٤) في ت (يقسم) .

ورثته ميراثهم حتى يعلموا ذلك ، وان استوقن[١٧٥] ولم يشك فيه ، قسم ماله بين ورثته .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله انه ان شك في امره لم يقتسم[١٧٦] ميراثه حتى يبحث عن حقيقة ذلك ، ويرتفع الشك فيه ، وإن لم يشك فيه ، قسم ميراثه ؛ فهو محمول على أنه لم يتزوج في غيبته حتى يعلم أنه قد تزوج فيها ، فيؤخر قسم الميراث حتى تحضر أو توكل أو يقسم لها القاضي ويوقف لها حظها ، أو يشك في ذلك ، فيؤخر القسمة حتى يبحث عن الحقيقة في ذلك ، وباللّه التوفيق .

ومن الأقضية

قال وسئل عن رجل وقف على سبيل فحلف بعتق ما يملك إن شرب منه (قطرة فأراد أن ينصرف ، فدفعه انسان فيه ، فشك أن يكون قد دخل بطنه منه شيء)[١٧٧] ؛ فقال هو أعلم أدخل بطنه أم لا ؟

قال محمد بن رشد : قوله هو أعلم إن كان دخل حلقه أم لا ، يدل على انه حانث إن هو علم أنه دخل حلقه ـ وإن كان لم يشرب إلا مكرهاً بغير اختياره ؛ فهذه الرواية مخالفة للمعلوم في المذهب المنصوص عليه فيه من أن من حلف ألَّا يفعل فعلاً فأكره على فعله لا يحنث ، إذ لا فرق إذا حلف ألا يشرب من السبيل بين أن يكره على الشرب منه بالضرب أو التهديد أو يصب

---

(١٧٥) في الأصل (استيقن) .

(١٧٦) في ت (يقسم) .

(١٧٧) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

الماء في حلقه ، أو يلقى في النهر فيمضي من الماء إلى جوفه ؛ فعلى هذه الرواية لا ينتفع الحالف على ترك الفعل بالإكراه على الفعل إلا أن ينوي ذلك ، كالحالف على الفعل يكره على الترك ويحال بينه وبينه ، فمن قولهم أنه لا ينتفع بذلك إلا أن ينوي ، إلا إن أمنع أو أغلب ؛ وقد مضى في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق ـ وجه الفرق عندهم بين الوجهين ، والقياس ألَّا فرق بين الإكراه على الفعل والترك ؛ فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال ، أحدها انه لا ينتفع الحالف بالإكراه على الفعل إذا حلف على ألَّا يفعل ، ولا على الترك إذا حلف أن يفعل ، إلا أن ينوى ذلك بقلبه ، أو يقوله بلفظه ، وهو قوله في هذه الرواية ؛ والقول الذي وهـو المشهور المعلوم في المذهب أنه ينتفع بالإكراه على الفعل وان لم تكن له نية ، ولا ينتفع بالإكراه على الترك إلَّا أن تكون له نية ؛ وقد مضى الفرق بينهما في رسم العرية(١٧٨) من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق ، وفي غيرما موضع منه . والقول الثالث أنه ينتفع بالإكراه في الوجهين جميعاً وان لم تكن له نية وهو القياس ، إذ لا فرق فيه بين الإكراه على الفعل وعلى الترك ، وباللَّه التوفيق .

مسـألة

وسئل عن رجل جاء إلى امرأته بجاريتها يشفع لها ، فلما رأتها معه ، قالت أنت حرة إن نفعك ممشاه ، ولأجلدنك مائة ، فجلدتها مائة ؛ فولى الرجل مغضباً فقال هي حر من مالي إن دخلت عليك شهراً (فقالت المرأة هي حرة . ان كلمتك شهراً ثم شهـراً . ثم ندمت فأرادت أن تهبها له هبة لا ترجع فيها ولا تعود اليها ؛ قال لا ـ واللَّه ما أرى ذلك ، هي إنما تهبها له تفر من يمينها ، فلا أرى ذلك ، ثم أتى من الغد فقيل له : ان امرأة حلفت بحرية جاريتها ـ أما كلمت

---

(١٧٨) في ت (العارية) .

ابنها شهراً)[١٧٩] ثم ندمت ، ألها مخرج تهب الجارية لابنها وتكلمه[١٨٠] فقال لا ، ما أرى ذلك ، ولكن شهر قريب ، وأرى أن ينتقل عنها وتكف عن كلامه هذا الشهر ، ولا تدخل فيما لا ينبغي لها ولا يصلح .

قال محمد بن رشد : إنما لم ير مالك للتي حلفت بحرية جاريتها ألا تكلم زوجها شهراً ـ أن تهب له الجارية وتكلمه ، ولا للتي حلفت بحرية جاريتها ألا تكلم ابنها شهراً أن تهب له الجارية وتكلمه مخافة الدلسة في ذلك ، بأن ترد الجارية إليها بعد انقضاء الشهر ؛ ولو صحت الهبة في ذلك ، لم تحنث بتكليمه بعد ذلك ، كما لو باعتها من غيره ، أو وهبتها لسواه ثم كلمته ، لم يكن عليه شيء ؛ لأنها يمين هي فيها على بر ، فلا تمنع من بيعها ولا من هبتها باتفاق ، وقد مضى ذلك في رسم العتق ، وقد رأيت لابن دحُون في هذه المسألة كلاماً لا يصح ، فلم أر لذكره وجهاً ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن امرأة يموت زوجها ـ وهي حامل ، ألها أن تتعجل ثمنها ؟ قال لا ، حتى تضع حملها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه لا يعجل الثمن وان كان هو الواجب لها ـ وان انفش الحمل ، قال مالك في المبسوطة فان جهلوا ذلك فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك أو هلك ، أو نقص ، لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها ؛ قال ابن القاسم ـ مفسراً ـ لقول مالك : أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء ، وأما الحمل فإنه يرجع على من كان من الورثة

---

(١٧٩) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطر ونصف ـ ساقط في الأصل .

(١٨٠) في ت (فتكلمه) .

مليئاً فيقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم - المعدمين ، لانهم فعلوا ما لا يجوز لهم ؛ بخلاف الوارث يطرأ على الورثة بعد ان اقتسموا ، لانهم فعلوا ما يجوز لهم ؛ ولو اعطاها الورثة والناظر للحمل ثمنها ، او صالحوها عليه ، لجاز ذلك ولم يكن للورثة ولا للحمل رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص ؛ وقد مضى بيان هذا[١٨١] في رسم مرض وله أم ولد من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

قال وسمعته يسأل عمن عتق شركاً له في عبد ، فلما أريد أن يقوم عليه ، قال إنه سارق آبق - وشريكي يعلم ذلك ، فاستحلفوه ؛ قال ليس ذلك على شريكه ، ولكن يسأل شريكه عما ذكر ، فان أقر له بذلك فذلك ؛ وان أنكر ، لم يكن عليه يمين[١٨٢] ، ويقوم على المعتق صحيحاً سليماً .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابن حبيب عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه أنه يقوم سليماً لا عيب فيه ولا يحلف بدعواه ، إلا أن يقيم شاهداً ؛ قال أصبغ ثم رجع فقال بل يحلف وبه آخذ ، قال القاضي ولا وجه لاسقاط اليمين عنه إذا حقق عليه الدعوى ، إلا أنه لم يجعل شركتهما في العبد خلطة - وعليه اليمين ؛ وقال محمد بن عبد الحكم عليه اليمين وأي خلطة أبين من هذا ؟ وأما إذا لم يحقق عليه الدعوى ، فينبغي أن يختلف في إيجاب اليمين عليه على الاختلاف في لحوق يمين التهمة ، وان أقام شاهداً واحداً حلف مع شاهده ؛ وكذلك قال أشهب إنه ان أقام شاهداً واحداً حلف

---

(١٨١) في ت (هذا كله) - بزيادة (كله) .

(١٨٢) ثبت في سائر النسخ (يميناً) - بالنصب ، ولعل الصواب ما أثبته .

معه ، وان نكل حلف ؛ وفول أشهب هو الصواب ، وستأتي المسألة متكررة في أول سماع أبي زيد بعد هذا ، وباللّٰه التوفيق .

مسـألة

وسألته عن العبد بين الرجلين فيعتق احدهما حصته منه فلا يقوم عليه[١٨٣] حتى يموت ؛ أيقوم عليه في ماله بعد موته ؟ فقال ان كان موته بحداثه العتق لم يطل ذلك ولم يؤخر حتى طال ذلك ، رأيت أن يقوم عليه كله في ماله فيعتق عليه كله من رأس ماله لا يكون في الثلث يعتق عليه إذا كان ذلك من موته بحداثة عتقه ، لم يطل ذلك ويؤخر .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابن المواز في كتابه عن مالك من رواية أشهب عنه ، وهو خلاف معتق بعض عبده ذلك لا تتم باقيه ـ وإن مات بحدثانه ، وهذا حق قد ثبت عليه لشريك ولم يفرط ؛ قال فإن طال ذلك لم يقوم في الثلث ولا في رأس مال ، وروى[١٨٤] مطرف عن مالك في الواضحة مثل رواية أشهب ، وشبيهها[١٨٥] بالمتمتع بالعمرة إلى الحج يموت ولم يهد ، فإن لم يفرط أهدي عليه من رأس المال[١٨٦] ؛ قاله ابن الماجشون ، وابن عبد الحكم ، واصبغ ؛ وتحصيل هذه المسألة أن تقول فيها اختلف في الرجل يعتق شقصاً من عبده ، أو من عبد بينه وبين شريكه في صحته ، ثم مرض قبل أن يعتق عليه بقية عبده ، أو قبل أن يقوم عليه حظ شريكه ، فعثر على ذلك في مرضه ـ على ثلاثة أقوال ، أحدها قول ابن القاسم

---

(١٨٣) في ت (عليه حصته) ـ بزيادة (حصته) .

(١٨٤) في ت (وروي عن مطرف) ـ بزيادة (عن) .

(١٨٥) في ت ق ٣ (وشبهها) .

(١٨٦) في ت (ما له) .

في المدونة انه يعتق عليه بقية عبده ويقوم عليه حظ شريكه في الثلث ، قيل بعد الموت لا في المرض ، وقيل بل يحكم بالتقويم في المرض ولا يقوم حتى يموت ؛ فإن مات أعتق في ثلثه ما بقي من نصيبه ، أو ما حمل الثلث منه ؛ وقوم فيه حظ شريكه ، أو ما حمل من الثلث منه أيضاً ، وهو قول اصبغ ؛ والنظر يوجب ألا يعجل تقويم نصيب الشريك في المرض إلا برضاه ، إذ لا يدري هل يخرج من الثلث أم لا ؟ فمن حجته ألا يقوم نصيبه إلا إلى عتق متيقن ؛ وقيل إنه يقوم في المرض ولا ينفذ عتقه حتى يموت ، فان مات جعلت تلك القيمة في ثلثه ؛ فان لم يحملها الثلث ، نفذ من ذلك ما حمل الثلث ؛ وما لم يحمل الثلث ، بقي رقيقاً للورثة ، أو الشريك الذي لم يعتق . والثاني قول بعض الرواة في المدونة أنه لا يعتق عليه في الثلث بقية عبده، ولا يقوم عليه حظ شريكه على ما ذكرناه من الاختلاف في تعجيل التقويم أو تأخيره ، ولا يعتق عليه فيه بقية عبده ، واتفقوا فيما علمت أنه إن لم يعثر على ذلك حتى مات ، أنه لا يعتق عليه بعد الموت بقية نصيبه ، ولا يقوم عليه حظ شريكه ، لا من رأس المال ولا من الثلث فيه حظ شريكه . والثالث قول ابن الماجشون في الواضحة انه يقوم عليه في الثلث ـ وهو ظاهر ما في المدونة . والثاني أنه يقوم عليه بعد الموت حظ شريكه ان كان موته بحدثان عتق نصيبه ، وهذا إذا طال ذلك ؛ واختلف ـ إذا لم يطل ـ على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه لا يعتق عليه أيضاً بعد الموت نصيبه ولا يقوم عليه حظ شريكه لا من رأس المال ولا من الثلث ، لأن ذلك حق قد وجب لشريكه ولا يعتق عليه بقية نصيبه ان كان العبد كله له ، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتبية ، ورواية مطرف ، وابن الماجشون عنه في الواضحة ، والثالث[187] انه يعتق عليه بعد الموت بقية نصيبه ، ويقوم عليه نصيب شريكه ان ءامصه الموت ، وأما التفليس فلا

---

(١٨٧) هكذا ثبت في سائر النسخ (والثالث) ـ ولا ذكر للقول الثاني . ولعله سقط في الأصل المنتسخ منه ، أو أغفله المؤلف .

خلاف[١٨٨] في انه يسقط التقويم والتتميم ؛ واما ان اعتق الرجل شقصاً من عبده ، أو من عبد بينه وبين شريكه في المرض ؛ فلا خلاف بينهم في أن ذلك كله يكون من الثلث ما اعتق منه ، وما بقي ان مات من ذلك المرض ولم يصح منه ؛ واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين ، احدهما أنه لا يعجل التقويم ولا ينظر في ذلك إلا بعد الموت ـ وهو المنصوص في المدونة . والثاني انه يعجل التقويم في المرض وهو قول قائم من المدونة ، وإذا عجل التقويم فيه على هذا القول لم ينفذ العتق حتى يصح أو يموت ؛ فإن صح نفذ ذلك كله من رأس المال ، وإن مات جعلت تلك القيمة في الثلث ، فنفذ ذلك كله من رأس المال ، وإن مات جعلت تلك القيمة في الثلث ، فنفذ[١٨٩] فيه ما حمل منها وكان الباقي رقيقاً للورثة وللشريك وسواه ، كان له مال ، أو لم يكن ؛ وقد قيل إن هذا إنما يكون إذا لم يكن له مال مأمون ، وأما ان كان له مال مأمون فيعتق عليه في المرض جميعه ـ إن كان له ، ويقوم عليه فيه حظ شريكه ـ إن كان له فيه شريك ؛ وهو احد قولي مالك في المدونة ؛ وذهب ابن الماجشون إلى أنه إذا عتق شقصاً له من عبد في مرضه ، لم يقوم عليه حظ شريكه في المرض ، ولا بعد الموت ـ إن مات من مرضه ذلك ولم يصح ؛ بخلاف إذا كان العبد كله له فأعتق بعضه في مرضه ، وباللّه التوفيق .

مســألة

قال وسمعته سأل عمن توفي وأوصى في عبد بينه وبين آخر : أن مصابتي منه حر ، وأن يعتق عليه مصابة شريكه ، فأبى ذلك شريكه ؛ أترى أن تقوم عليه حصة شريكه ، أو يعتق نصيبه وحده ؟ فقال نعم يعتق عليه كله بالقيمة .

---

(١٨٨) في الأصل (اختلاف) .

(١٨٩) في ت (ينفذ) .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه لا ينفذ وصيته بعتق مصابة شريكه ، ولا يقوم عليه إلا برضاه ، روي عن سحنون أنه قال رأيت فيه رواية لابن وهب عن مالك وهي هل أن شريكه إن أبى لا يستتم نصيب شريكه ويعتق نصيبه وحده ؟ قال أبو اسحاق التونسي : والأشبه ما روى ابن وهب ، ولا أدري من أين أنكرها سحنون ـ وهو كما قال أبو اسحق ؛ لأن القياس كان إذا أوصي بعتق حظه من العبد أن يقوم عليه بقيته في ثلثه ، وإن لم يوص بذلك كما يقوم عليه حظ شريكه في ثلث إذا أعتق نصيبه منه في مرضه ؛ فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها أن يقوم عليه في ثلث نصيب شريكه وإن لم يوص بذلك ، وهو القياس على قول مالك في الذي يعتق حظه من العبد أن يقوم عليه بقيته في مرضه . والثاني أنه لا يقوم عليه ، وإن أوصى بذلك ، إلا أن يشاء الشريك وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه ، وهذان القولان جاريان على قياس . والثالث أنه لا يقوم عليه إلا أن يوصي بذلك وهو قول مالك في هذه الرواية استحساناً ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وسمعته يسأل عن جارية بين رجلين أعتق أحدهما مصابته منها فلم يقوم عليه حتى ولدت أولاداً ، أتقوم عليه هي وولدها ؟ قال نعم يقومون عليه جميعاً ، ويعتقون عليه هم وأمهم ـ إن كان له مال ؛ ورواها ابن القاسم عن مالك في كتاب طلق ابن حبيب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ،لأن[190] ولـدها بمنزلتها فكما يعتق عليه مصابته من ولدها ، فكذلك يقوم عليه مصابة شريكه من ولدها ، كما يقوم عليه مصابته منها ، وبالله التوفيق .

---

(١٩٠) في الأصل (إلا أن) .

مسـألة

قال وسمعته يسأل عن جارية بين أيتام يليهم رجل وبين أمهم لهم ، ثلاثة أرباعها ولأمهم ربعها ، فولدت الجارية غلاماً فأرسلت الأم إلى والي الأيتام إني أريد عتق هذا الصبي ، فبادر إليه ولي الأيتام فأعتقه ، فلما علمت بذلك أمهم خافت أن يقوم عليه مصابتها فعهدت إلى ربعها فأعتقته وقيمته يوم أعتقته سبعة دنانير ، ثم قيمة اليوم مائة دينار ؛ فهل ترى لوليها عتق غلامنا وبأي قيمـة يقوم عليه إن جاز عتقه ، وأرأيت[١٩١] إن لم يجز عتقه أيخاف أن يقوم على أمنا كله ؟ فقال إن رد عتقه قوم على امكم كله ولكن لم يرد عتقه ، وقد أعتق وهو يغرم قيمته ؛ فقيل له افرأيت أن رداً أيقوم عليها كله ؟ فقال[١٩٢] نعم ان رد عتقه قوم عليها كله ولكن لم يرد عتقه وقد أعتق هو .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على أصولهم ، لأن من أعتق عبد من إلى نظره جاز عتقه له ـ إن كان له قال ولزمته قيمته ؛ فلما أعتق[١٩٣] الغلام الذي بين أيتامه وبين أمهم ، وجب أن يعتق عليه حظ أيتامه منه بقيمته يوم أعتقه ، وأن يقوم عليه حظ أمهم منه ، فمنع[١٩٤] من ذلك عتقها هي له ، فلو لم تعتق هي حظها ، لعتق على ولي الأيتام بقيمته يوم يقوم عليه ؛ ولو لم يكن لولي الأيتام مـال لما جاز عتقه لحظ أيتامه من العبد ، ولوجب أن يرد ويقوم علـى الأم التي أعتقت حصتها منه بقيته يوم يقوم عليه ! وقد ذكر ابن المواز هذه المسألة من رواية أشهب عن مالك بمعنى ما قلناه ،

---

(١٩١) في الأصل (ورأيت) .

(١٩٢) في الأصل (قال) .

(١٩٣) في الأصل (عتق) .

(١٩٤) في ت (فيمنع) .

فقال وإن أعتق[١٩٥] ولي الأيتام عبداً ـ لأمهم ربعه ، وباقيه لهم ، جاز عتقه وغرم القيمة (لها) ولهم ؛ قال محمد إن كانت قيمته يوم العتق عشرة ، وقيمته يوم قيام الأم مائة ، أدى[١٩٦] قيمة حصة الأيتام على عشرة وأدى[١٩٦] للأم على حساب مائة يوم قيامها ؛ وذكر ابن المواز أن أشهب روى عن مالك أن عتق الأم مملوك ابنهما جائز إذا كان لها مال ، قال محمد وكانت وصية ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسمعته يسأل عمن أوصى فقال ثلث غلامي هذا حر ، فقال لا يعتق منه إلا ثلثه ، وثلثاه رقيق ؛ فقيل له لا يعتق كله ؟ فقال لا فقيل أفرأيت لو قال ـ وهو صحيح ـ ثلثك حر ، قال مالك يعتق عليه كله ، ليس عتقه ثلثه في وصيته بمنزلة عتقه ثلثه في الصحة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة لا أعرف فيها نص خلاف ، ويدخل فيها الاختلاف بالمعنى ، إذ قد قيل فيمن أعتق شقصاً من عبد له أنه يعتق عليه جميعه بالسراية ؛ فيجب على قياس هذا القول ـ إذا أوصى بعتق ثلث عبده ـ أن يعتق جميعه إذا حمله الثلث ، أو ما حمل منه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسمعته يسأل عن جارية خاصمت في عتق ثلثها فخاصمت في ذلك ومرضت شهرين ، فثبت ذلك لها ؛ فأرادوا أن يتركوا لها من كل يوم ثلثه ؛ فقال أما من كل يوم ثلثه فلا ، ولكن

---

(١٩٥) ثبت في سائر النسخ (عتق) ، والصواب ما أثبته .

(١٩٦ ـ ١٩٦) ثبت في سائر النسخ (ودى) والصواب ما أثبته .

ينبغي أن يتركوا لها من كل شهر عشرة أيام ، ومن كل ثلاثة أشهر شهراً ؛ فقيل له أترى عليها خدمة ما مرضت أو خاصمت ؟ قال لا .

قال محمد بن رشد : قد مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم نحو هذا في مقدار ما يقتسمون عليه الخدمة ، وإنما قال إنهم ليس لهم أن يتركوا لها من كل يوم ثلثه ، لأن ذلك من التضييق عليها ؛ ولو دعت هي إلى أن يكون لها من كل يوم ثلثه، لم يكن ذلك لها؛ لأن ذلك من التضييق عليهم أيضاً ، ولو دعت هي أو هم إلى أن يكون لها من كل ثلاثة أيام يوم ، وأراد الآخر منهم أكثر من ذلك ؛ لكان القول قول من أراد منهم أن يكون لها يوم من ثلاثة أيام . فقوله في الرواية[١٩٧] إنهم يتركون لها من كل شهر عشرة أيام ، أو من كل ثلاثة أشهر شهراً ؛ معناه إذا اتفقا على ذلك ، وأما إذا اختلفا فيه ، فالقول قول من أراد منهم أن يكون لها عشرة أيام من كل شهر ؛ فالقول أبدا قول من دعا منهم إلى الأقل ، وأن يكون لها شهر من كل ثلاثة أشهر ـ نهاية ما يجوز ؛ وإن اتفقا على عدد الأيام واختلفا في التبدئة ، أسهم بينهم في ذلك . وقوله إنه لا شيء عليها لهم فيما مرضت أو خاصمت فيه صحيح ، لأن المرض مصيبة دخلت عليهما جميعاً بقدر حقوقهما ، فلا شيء لواحد منهما على صاحبه ، والخصام أمر ألجأهما إليه ، إذ لو شاءوا لأقروا لها بحقها ، فلا شيء لهم عليها (في ذلك)[١٩٨] وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وسمعته يسأل عن العبد الحر بعضه ، أينتزع منه ماله ؟ فقال لا ينتزع ماله من يده ، ويمنع من أن يعتق أو يتصدق أو

---

(١٩٧) في ت (المدونة) .

(١٩٨) جملة (في ذلك) ساقطة في الأصل .

يسرف ، ويأكل ويكتسي بالمعروف ، فإذا مات ورثه الذي له فيه الرق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه شريك في نفسه فليس للذي فيه(١٩٩) الرق أن يأخذ من ماله شيئاً إلا بإذنه ، ولا هو أن يتلف شيئاً من ماله إلا بإذنه .

مسألة

وسمعته يسأل عن المعتق نصفه أله أن يتجر في أيامه التي له ؟ قال نعم ويطحن ويحمل على رأسه ويعمل ما شاء ، فقيل يتجر ببعض ماله الموقوف بيده التجارة المأمونة ، فقال لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأنه في حكم المأذون له في التجارة ؛ إذ ليس للذي له فيه الرق أن يحجر عليه في ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألته عن عبد بين رجلين اعتق احدهما مصابته منه واستثنى ماله ، فقال لي لا أعرف في عتق العبد بين الشريكين استثناء ماله ، إنما يجوز ذلك في الرجل الواحد يملك العبد كله فيعتقه ويستثني ماله ؛ فأما إذا كان بين شريكين فأعتق أحدهما مصابته منه واستثنى ماله ، فإني لا أرى ذلك له ، وأرى أن يقوم عليه بماله .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لان استثناء ماله انتزاع له ، وهو لا يجوز له أن ينتزع شيئاً من ماله من أجل شركته له في نفسه ، وبالله التوفيق .

---

(١٩٩) في ت (له) .

مسـألة

وسمعته يسأل عن الرُّوم ينزلون بعض أرض الإسلام ثم يخصي بعضهم بعد نزولهم العبد من عبيدهم ، أترى أن يعتق على خاصيه[٢٠٠] ؟ فقال لم يعتق إنما ينزلون على أنهم آمنون ، لا واللّه ما أرى أن يعتق عليهم ، ارى أنهم كأنهم[٢٠١] خصوه في بلادهم .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح على قياس قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الجهاد ، ومن كتاب التجارة إلى أرض الحرب في أن المستأمنين في بلاد المسلمين من الحربيين لا ينتزع منهم أسرى المسلمين ، ولا عبيدهم المسلمون[٢٠٢] ، ولا يبـاع عليهم من أسلم من رقيقهم ، ويرجعون بذلك كله إن شاءُوا خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب ؛ وحكى انه إجماع من مالك وأصحابه ، إلا ابن القاسم من أنه يباع عليهم من أسلم من رقيقهم ، ويؤخذ منهم من كان عندهم من أسرى المسلمين بقيمتهم ، ولا يكون ذلك من الختر[٢٠٣] بعهودهم ، فيأتي ذلك على قياس ما ذهب إليه ابن حبيب في هذا انهم يعتقون عليهم إذا خصوهم ، كما يعتق على المعاهد عبده إذا خصاه ـ على مذهب من يرى ذلك من أصحاب مالك ، وهو قول أشهب في رسم يشتري الدُّور والمزارع من سماع يحيىٰ بعد هذا ، خلاف قـول ابن القاسم فيـه ، لانه حكم لهم فيمن أسلم من رقيقهم بحكم المعاهدين ، فكذلك هذا ، واللّه أعلم .

---

(٢٠٠) في الأصل (صاحبه) .

(٢٠١) في ت (كانوا) .

(٢٠٢) في ص ق ٣ (المسلمين) ـ بالياء ـ وهو تحريف ظاهر .

(٢٠٣) الختر : الغدر .

مسـألة

قال وسمعته يسأل على السفيه الذي لا يولى عليه ، أيجوز عتقه ؟ قال نعم ـ لعمري انه يجوز عتقه إذا كان يلي ماله .

قال محمد بن رشد : أجاز في هذه الرواية عتق السفيه إذا لم يكن عليه ولاية من أب ولا سلطان ، وكذلك سائر أفعاله ـ وإن كان متصل السفه من حين بلوغه معلناً به ؛ هذا ظاهر هذه الرواية ، وهو المشهور من قول مالك ؛ وقد روى ابن وهب عنه أن أفعاله لا تجوز وان لم يتصل سفهه من حين بلوغه ولا كان معلناً به ، هذا ظاهر روايته عنه ، وقعت هذه الرواية عنه في المبسوط ، وفي كتاب ابن المواز ، وفي النكاح من الواضحة ـ وهو المشهور من مذهب ابن القاسم ؛ وفي المسألة قول ثالث وهو الفرق بين أن يكون معلناً بالسفه من حين البلوغ ، أو غير معلن به ـ وهو قول أصبغ ؛ وقول رابع ـ وهو الفرق بين أن يتصل سفهه من حين بلوغه أو لا يتصل ، فإن اتصل سفهه لم تجز أفعاله ، وان سفه بعد ان انس منه الرشد جازت أفعاله ، وهو قول مطرف وابن الماجشون ؛ وأما المولى عليه ، فأفعاله غير جائزة وان علم رشده ، هذا هو المشهور من مذهب مالك ؛ وقد روي عنه أن أفعاله جائزة إذا علم رشده وهو الذي يأتي على رواية ابن وهب عن مالك ، وعلى ما في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الشهادات في إجازة شهادته ، مثل المشهور من قول ابن القاسم ؛ فالمشهور عن مالك الاعتبار بالولاية دون الحال ، والمشهور عن ابن القاسم الاعتبار بالحال دون الولاية ؛ وقد روي عن مالك مثل المشهور عن ابن القاسم ، وهو ما ذكرناه عنه من رواية ابن وهب ، ومن رواية أشهب ؛ وعن ابن القاسم مثل المشهور عن مالك ، روى ذلك زونان عنه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وسمعته يقول لا تجوز عتاقة الصغير ولا طلاقه ، وإن كان كبيراً مولى عليه ، جاز طلاقه ـ ولم يجز عتقه .

قال محمد بن رشد : أما الصغير فلا اختلاف في أنه لا يجوز طلاقه ولا عتقه ، ولا شيء من أفعاله ؛ وأما المولى عليه فقد مضى تحصيل الاختلاف في جواز أفعاله إذا كان معلوماً بالرشد ، ولا اختلاف(٢٠٤) في انه محمول على السفه حتى يعلم رشده ؛ فإذا علم رشد كان في ذلك الاختلاف الذي ذكرناه كما لا اختلاف في الذي لا ولاية عليه من اب ولا سلطان أنه محمول على الرشد على يعلم سفهه ، فإذا علم سفهه كان في ذلك الاختلاف الذي ذكرناه في المسألة التي قبل هذه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وسمعته يسأل عن المعتق وهو مولى عليه ثم يلي نفسه ، أترى عليه عتقاً ؟ قال لا ، إلا أن يتمخى من ذلك ؛ قيل له أفترى ان يفعل ؟ قال اما الصغير الذي اعتق في حال صغره فلا ، وأما الكبير فعسى ؛ وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم أنه لا يلزمه العتق وان بلغ حال الرضى .

قال محمد بن رشد : أما الصغير فبين أنه ليس عليه إذا بلغ وملك أمر نفسه ـ ان يتمخى مما أعتق في صغره ، لأنه لم يكن مكلفاً ولا مخاطباً بأحكام الشريعة ، ولا ممن توجه إليه قول الله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا أفوا بالعقود ﴾(٢٠٥) لقول النبي وعليه السلام رفع القلم عن ثلاث ـ فذكر فيهم

---

(٢٠٤) في الأصل (والاختلاف) .

(٢٠٥) الآية : ١ من سورة المائدة .

الصبي حتى يحتلم[٢٠٦] . فوجب ألا يلزمه التمخي مما عقده على نفسه من عتقه لعبده (وإنما اختلف)[٢٠٧] ، إذا حلف بعتق عبده ـ وهو صغير ، فحنث وهو كبير مالك لأمر نفسه ، وحكم النصراني في هذا حكم الصغير ، وأما الكبير الذي لحقته الولاية لسفهه ، فوجب تمخيه مما أعتقه وهو مولى عليه ، هو أنه أعرف بنفسه ان كان في الحين الذي اعتق فيه عبده من السفهاء الذين أمر اللّه ألاَّ يمكنوا من أموالهم ، ولا تجوز فيها أفعالهم ؛ لقول اللّه عز وجل ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾[٢٠٨] ، فيكون الحكم عليهم بالولاية صحيحاً في الباطن ، كما هو في الظاهر ، فلا يلزمهم العتق ؛ وان كان على خلاف تلك الحال فيلزمه العتق ، لأن الحكم الظاهر لا يحل الأمر في الباطن كما هو عليه ؛ وهذا عندي ـ إذا لم يعلم الولي بعتقه حتى رشد ، والعبد في يده ، أو علم فأجاز عتقه ، إذ ليس له أن يجيزه على ما يأتي في رسم الرهون من سماع عيسى ؛ وأمَّا إذا رده فهو مردود لا يلزمه التمخي منه إذا رشد ، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في المرأة ذات الزوج تعتق عبدها وهو أكثر من ثلث مالها فيرده الزوج ثم يموت عنها أو يطلقها ، وهو في يدها ، لأن التحجير على السفيه (في ماله)[٢٠٩] أقوى من تحجير الزوج على امرأته فيما زاد على ثلث مالها ؛ واختلف في الصغير يحلف بعتق عبده ، وهو صغير ويحنث وهو كبير ، وفي المولى عليه يحلف وهو مولى عليه ثم يحنث بعد رشده،و في العبد يحلف ـ وهو عبد ثم يحنث وهو حر ؛ فقيل إن العتق يجب عليهم كلهم ، وهو قول ابن كنانة ، لأنه قال ذلك في الصغير فهو فيمن سـواه ممن ذكرناه معه أحرى ؛ والوجه في ذلك أنه جعل فعله لمن حلف عليه بعتق عبده

---

(٢٠٦) أخرجه الخمسة : البخاري وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه .

(٢٠٧) جملة (وإنما اختلف) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٠٨) الآية : ٥ من سورة النساء .

(٢٠٩) جملة (في مـاله) ـ ساقطة في الأصل .

الاّ يفعله رضى منه بعتقه[٢١٠] ، وقيل إنه لا يجب العتق على واحد منهم ، لأن الايمان يوم تقع ، ـ وهو قول ابن القاسم في سماع محمد بن خالد ؛ واختلف قول مالك في السفيه بحنث بعد رشده في عتق عبده ، فله في رسم يوصي من سماع عيسى أنه لا يعتق عليه ، وروى أشهب عنه انه يعتق عليه ، والعبد أشد من السفيه على ما قاله في سماع محمد بن خالد ؛ فيتحصل في جملة المسألة أربعة أقوال ، أحدها : أن العتق يلزمه فيهم كلهم . والثاني : أنه لا يجب على واحد منهم . والثالث : انه لا يجب الا على العبد ، لأنه أشدهم على ما قاله في سماع محمد بن خالد . والرابع : انه يجب على العبد وعلى السفيه ـ إذا رشد ، ولا يجب على الصبي ، وباللّه التوفيق .

مسـألة

قال وسمعته يسأل عن عتق المولى عليه المحتلم الذي لا يتهم بسفه وهو في ذلك مولى عليه ، أيجوز عتقه ؟ قال لا ، فقيل له ماذا ؟ قال لا يجوز عتقه .

قال محمد بن رشد : هذا هو المشهور من قول مالك ، وقد مضى تحصيل الاختلاف في ذلك فيما تقدم قبل هذا في هذا الرسم ، فلا معنى لإعادته ، وباللّه التوفيق .

مسـألة

(قال أشهب)[٢١١] قلت لمالك إذا أعتق السفيه المولى عليه أم ولده ، جاز عليه عتقها واتبعها مالها ؟ قال نعم يجوز عليه عتقها ويتبعها[٢١٢] مالها ، وإنما ذلك ـ عندي ـ بمنزلة السفيه المولى عليه

---

(٢١٠) في الأصل (بفعله) .

(٢١١) جملة (قال أشهب) ساقطة في الأصل .

(٢١٢) في ت (واتبعها) .

يتزوج المرأة بالمال العظيم ثم يطلقها فيجوز طلاقه عليهما ويكون لها كل ما أمهرها ، فكذلك هو إذا أعتق أم ولده - ولها مال ولم يستثنه ، عتقت عليه واتبعها مالها .

قال محمد بن رشد : قيل إن عتق السفيه لأم ولده لا يجوز ، بخلاف طلاقه - وهو قول المغيرة ، وابن نافع - في كتاب ابن سحنون ؛ خلاف المعلوم من قول مالك وأصحابه في أن عتقه إياها جائز ، إذ ليس له فيها إلا الاستمتاع كالزوجة ؛ واختلف هل يتبعها مالها إذا جاز[٢١٣] عتقها على ثلاثة أقوال ، أحدها : قوله في هذه الرواية أنه يتبعها ، إذا لم يستثنه - وإن كان كثيراً . والثاني قوله في رسم يشتري الدور من سماع يحيىٰ أنها[٢١٤] لا يتبعها مالها - وان لم يستثنه - قليلاً كان أو كثيراً ؛ وقد قيل انه يتبعها إن كان يسيراً ، ولا يتبعها إن كان كثيراً - وإن لم يستثنه ، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب - مراعاة لقول من يرى أن العبد لا يملك ، وهو قول أكثر أهل العلم ؛ وفي قول النبي صلى اللّه عليه وسلم من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع[٢١٥] ، - تعلق للطائفتين[٢١٦] ، وباللّه التوفيق .

مســألة

قال : وسمعته يسأل عمن قال إن كلمت فلاناً - الا وأنا ناسٍ - فغلامي حر ، فلقيه فكلمه ثم زعم ، أنه كلَّمَه ناسياً ؛ فقال ذلك إليه إذا اشترط .

قال محمد بن رشد : هذا بين أنه لا يصدق في أنه انما كلمه

---

(٢١٣) في الأصل (إجاز) .

(٢١٤) في الأصل (انه) .

(٢١٥) رواه الستة .

(٢١٦) في الأصل (الطائفتين) .

ناسياً ، إذ لا يعرف ذلك إلا من قبله ؛ ولو لم يستثنِ في يمينه إلا وأنا ناسٍ فادعى أنه نوى ذلك بقلبه وعقد عليه يمينه ، أو استثناه بلفظ وحرك به لسانه ؛ لم يصدق في ذلك مع قيام البينة عليه ومن أهل العلم ـ خارج المذهب ـ من يرى أنه لا يحنث بالنسيان ـ وإن لم ينو ذلك ولا استثناه ؛ لانه مغلوب بالنسيان ، فهو كالمكره ، وبدليل قول النبي عليه الصلاة والسلام تجاوز اللّٰه لأمتي (عن)[٢١٧] الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[٢١٨] ، وباللّٰه التوفيق .

مسـألة

قال وسئل عن رجل حلف في أم ولد له بعتق ما يملك إن أخدمها، ولا اشترى لها خادماً ؛ فقال إن أعطاها دنانير فاشترت بها لنفسها ، لم أر عليه حنثاً ؛ قيل له إنهم يقولون لا يجوز لها أن تشتري إلا بإذنه ، فإذا اشترت بغير إذنه فأقر ذلك لها ، فقد أخدمها واشترى لها ؛ فقال لا ، وذلك لها تشتري .

قال محمد بن رشد : حمل يمينه في هذه المسألة على اللفظ ولم يراع المعنى ، وذلك خلاف قوله في المدونة في الذي يحلف[٢١٩] ألاَّ يكسو امرأته فأعطاها دراهم فاشترت بها ثوباً ـ أنه حانث ، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن يمين الحالف إذا لم تكن له نية ، تحمل على المعني . وما يدل عليه البساط ، ومثل ما في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك ؛ ومثل ما في سماع سحنون من كتاب الأيمان بالطلاق في مسألة البالوعة ، والذي يأتي في هذه المسألة على ما في المدونة

---

(٢١٧) كلمة (عن) ساقطة في الأصل .

(٢١٨) أخرجه ابن ماجه من حديث ابي ذر ، والطبراني في الكبير عن ابن عباس . انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٢/ ٢١٩ .

(٢١٩) في الأصل (حلف) .

أنه حانث ولا ينوي إذا ادعى أنه إنما أراد ألَّا يخدمها خادماً وألَّا[٢٢٠] يشتريها هو لها ، وباللَّه التوفيق .

مســألة

وسئل عمن حلف بعتق ما يملك في أرض له إن أكراها فلاناً العام ، فوجد وكيلاً له قد أكراها ذلك الرجل ، فأبى أن يمضي ذلك ؛ فهل له من يمينه مخرج ان أكراها أخاً له ؟ فقال أمَا ـ واللَّه ـ رجل يريد أن يدخله فيها ، فلا أرى ذلك يخرجه من يمينه ، أو يتكاراها أخوه ـ وهو شريك له في المال ، ولكن لو خاصموه حتى يقضى عليه .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن الحالف لما وجد وكيله قد اكرى الأرض من المحلوف عليه قبل يمينه ، خشي إن سلمها له أن يطالب باليمين فلا[٢٢١] ، يجد من يشهد له على كراء الوكيل إياها منه ـ قبل يمينه فيعتق عليه عبيده ، فأبى أن يمضيها لهُ مخافة ذلك ؛ وسأله هل له مخرج في أن تصير الأرض إلى المحلوف عليه بالكراء ، ولا يحنث بان يكريها من أخيه أو من شريكه ، فلم ير[٢٢٢] له مخرجاً في ان يكريها ممن يظن به أنه يريد أن يدخله فيها ، وأرى[٢٢٣] لهُ مخرجاً في تصييرها إليه بأن يخاصمه فيما يدعي من كراء وكيله إياها منه قبل يمينه حتى يقضي عليه فيسلم من الحنث ؛ وان لم يقض عليه إلا بإقراره له بما ادعاه عليه من أن وكيله أكراه إياها قبل يمينه ، إذ لا اختلاف في أنه لا حنث عليه ـ إذا حلف ـ وهو لا يعلم كراء وكيله

---

(٢٢٠) في الأصل (ولا) .

(٢٢١) في الأصل (فلم) .

(٢٢٢) في الأصل (فلا يرى) .

(٢٢٣) في الأصل (ورأى) .

إياها على معنى ما يأتي في رسم سلف من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب ، وفي رسم العرية من سماع عيسى من كتاب النذور ، ولو حلف ألّا يكريها منه وهو عالم بكراء وكيله إياها منه ، لكان بمنزلة الذي يحلف ألّا يبيع السلعة بعد أن باعها ، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى في سماع سحنون ، ونوازل أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق ، فأغنى ذلك عن اعادته ، وباللّه التوفيق .

مسألة

وسئل عمن باع رجلاً بيعاً ، فسأله أن يضع عنه ، فحلف بالعتق ألا يفعل فيقضيه حقه كله ، فإذا قبضه قال له إن رأيت أن تهب لي شيئاً فافعل ، أيجوز له أن يهب له ؟ قال لا .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما تقدم من قوله في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ، فلا وجه لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الذي يحلف بعتق جاريته ليضربنها ، أترى أن يضربها في قدميها ويوجعها ؟ قال لا أرى ذلك يخرجه من[224] يمينه ، يقول الله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾[225] ، وقال تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[226] ، يذهب هذا يضربها في قدميها ، ما أرى ذلك له .

---

(٢٢٤) في الأصل (عن) .

(٢٢٥) الآية الرابعة من سورة النور .

(٢٢٦) الآية الثانية من سورة النور .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه لا يبر إلا بالمعنى الذي قصد إليه (وهذا لم يقصد إليه)[٢٢٧] إذ لم تجر العادة أن يضرب الرجل عبده ولا أمته في قدميه ، وإنما ذلك من فعل المؤدبين لصبيانهم ، فلو حلف المؤدب على ضرب صبي ، لم يضربه في قدميه ؛ ولو حلف الرجل ألا يضرب أمته فضربها في قدميها لحنث بذلك ، لأن الحنث يدخل بأقل الوجوه ، والبر لا يكون إلا بأكمل الوجوه .

مسألة

قيل له أرأيت الذي يحلف بعتق جاريته ليضربنها فقال إن كان حلف ليضربنها ضرباً لا ينبغي له ، فأرى أن يمنع من ضربها وتعتق عليه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في المدونة وغيرها أنه إن حلف على ما يجوز له من الضرب ، لم يحل بينه وبين ضربه ، وإن حلف على ما لا يجوز له منه ، لم يمكن من ضربه وأعتق عليه ، وقال في المدونة في الذي يحلف ليجلدن غلامه مائة سوط ، أن العبد يوقف ولا يبيعه حتى ينظر أيجلده[٢٢٨] أم لا ؟ ومعناه إذا كان ذلك لجرم اجترمه يستوجب به مثل ذلك الأدب ؛ وَمَا يحلف عليه الرجل من ضرب عبده أو أمته بحريته ، ينقسم على ثلاثة أقسام : يسير كالعشرة الأسواط ونحوها ، وكثير كالثلاثمائة ونحوها (وما هو أكثر منها)[٢٢٩] وما بين ذلك، فأما اليسير مثل[٢٣٠] العشرة الأسواط ونحوها، فانه يمكن من ذلك ويصدق في أنه قد أذنب ما يستوجب به ذلك من الأدب ؛ وقد

(٢٢٧) جملة (وهذا لم يقصد إليه) ساقطة في الأصل .
(٢٢٨) في ت (أيجلد) .
(٢٢٩) جملة (وما هو أكثر منها) ساقطة في الأصل .
(٢٣٠) في الأصل (كالعشرة) .

قال ابن أبي زيد إنه يمكن من ذلك ولا يعتق عليه ـ وإن كان لغير ذنب أحدثه وهو بعيد ، وأما الكثير كالثلاثمائة ونحوها ، وما هو أكثر منها ، فإنه لا يمكن من ذلك ويعتق عليه ؛ وأما ما بين ذلك ففيه اجتهاد الإمام ، والذي أراه فيه أنه إن حلف بحريته على مثل الثلاثين سوطاً أو نحوها ، يمكن من البر ولم يعتق عليه إذا زعم أن ذلك لذنب استوجبه ، فإن كان من أهل الخير والدين ، صدق في ذلك دون يمين ، وإن كان مجهول الحال ، صدق في ذلك مع يمينه ، ومنع من بيعه حتى يبر بضربه ، فإن لم يضربه حتى مات عتق في ثلثه ؛ وإن كان مسخوطاً غير مؤتمن ، كلف إقامة البينة على ذلك ، ولم يمكن من ضربه وأوجر عليه حتى يموت فأعتق في ثلثه ، فإن حلف على مثل المائة سوط ونحوها ، فإن كان من أهل الخير والدين والفضل[٢٣١] المستبين ، صدق في الجرم الذي زعم أنه استوجب به ذلك مع يمينه ، وإن لم يكن على هذه الصفة ، كلف إقامة البينة على ذلك ، فإن عجز عن ذلك ، لم يمكن من ضربه ، وأوجر عليه حتى يموت فيعتق في ثلثه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعته يسئل فقيل له إني أعطيت لجارية امرأتي مالاً عظيماً ، فلما خشيت أن أبيعها قالت هي حرة إن بعتها عشر سنين ، وقد فسدت عليها الجارية فساد سوء وخبثت ؛ فهل ترى في ذلك مخرجاً ؟ فقال لا إلا أن تعتقها أو تهبها لمن لا تريد منه ثواباً ، فقيل له بعد ذلك إنما حلفت بحرية[٢٣٢] جاريتها إن باعتها عشر سنين ثم ندمت ، فأرادت بيعها ، فلزوجها أن يرد هذه اليمين عليها إذا لم يكن لها مال غيرها ؟ فقال لا ، والله .

---

(٢٣١) في الأصل (الفضل والدين والخير) .

(٢٣٢) في الأصل (بعتق) .

قال محمد بن رشد : قد مضى الكلام على قوله إلا أن تعتقها أو تهبها لمن لا تريد منه ثواباً في رسم البز من سماع ابن القاسم ، ورسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ؛ ورأيت لابن دحون في هذه المسألة كلاماً غير صحيح ، قال جواز هبتها الجارية إنما يجوز على قول ابن القاسم ، فأما على قياس مذهب مالك فلا يجوز ، وإن كانت على بر في يمينها ، فاليمين إلى أجل ، ومذهب مالك أن من قال جاريتي حرة إن دخلت الدار إلى شهر ، أنه لا يبيع ولا يهب ، لأنها معلقة بيمين إلى أجل ، فهو حق للمملوكة ، تقول لا أباع ولا أوهب ، لعل الحالفة تحنث في الأجل ؛ وابن القاسم يرى أن بيعها وهبتها جائزة ، كما لو كانت اليمين إلى غير أجل . وقوله غلط بين لا اختلاف بينهم في أن الحالف بحرية عبده ألا يفعل فعلاً هو[٢٣٣] على بر ، وله أن يبيع - سمى أجلاً أو لم يسمه ، وان الحالف بحريته ليفعلن فعلاً هو على حنث وليس له أن يبيع - سمى أجلاً أو لم يسم ، وإنما يفترق الأجل من غير الأجل في الوطء إن كانت أمة ، فليس له أن يطأ إن كانت اليمين إلى غير أجل ، وله أن يطأ إن كانت إلى أجل على اختلاف في ذلك من قول مالك في المدونة ، ومن قول ابن القاسم أيضاً ، فقوله ومذهب مالك أن من قال جاريتي حرة - إن دخلت الدار إلى شهر ، أنه لا يبيع ولا يهب ، لأنها معلقة بيمين إلى أجل - خطأ ، وإنما قال ذلك مالك فيمن قال جاريتي حرة إن لم أدخل الدار - إلى شهر ، وهذا بين ، وليس أحد بمعصوم من الغلط ؛ وأما قوله في التي حلفت بحرية جاريتها إن باعتها عشر سنين ، أنه ليس لزوجها أن يرد هذه اليمين ، فمعناه ليس[٢٣٤] له أن يرد اليمين قبل حنثها ، فأما إذا حنثت فيها بالبيع ، فله أن يرد العتق كله ، إذ لا مال لها غيرها ، وتعود رقيقاً ولا ترجع اليمين عليها لأنها قد حنثت ، ورد الزوج العتق فهو ملْك جديد قاله ابن دحون وهو

---

(٢٣٣) في ت (فهو) .

(٢٣٤) في الأصل (انه ليس) - بزيادة (انه) .

صحيح ؛ وكذلك لو حلف بحريتها إن لم تبعها عشر سنين ، ليس له أن يرد يمينها إلا أن تحنث ، وكذلك لو حلفت بحريتها ألا تبيعها أبداً ، ليس له أن يرد يمينها إلا أن تحنث ، وأما لو[٢٣٥] حلفت أن تبيعها ، فقالت هي حرة إن لم أبعها فليس له أن يرد يمينها في حال ، لأنها لا تحنث - إن حنثت - إلا بعد الموت ، فتعتق في ثلثها ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وسمعته يسئل عن ذات زوج قالت كل مملوك لي حر - إن خرجت من هذا المنزل ، وقال زوجها كل مملوك لي حر - إن لم تخرجي ورقيقها نصف مالها ؛ قال تبيع رقيقها في السوق ولا ترجع اليهم ، ولا تبيعهم من أهلها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن له أن يخرجها ويحنثها إذ من حقه أن يسكن بها حيث شاء ؛ فإذا أخرجها بعد أن باعت رقيقها لم يلزمها شيء ، فإن اشترتهم قبل أن يخرجها ، رجعت عليها اليمين ؛ وكذلك إن وهبوا لها إلا أن يرجعوا إليها بميراث - على ما قاله في المدونة وغيرها وإن رجعوا إليها بشراء أو هبة بعد أن أخرجها لم يلزمها فيهم شيء ، إلا أن تكون باعتهم على أن يردوا عليها بعد أن يخرجها فراراً من اليمين فيعتقون عليها ، ولخوف الدلسة في ذلك بهذا ، فقال إنما تبيعهم في السوق ولا تبيعهم من أهلها ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وسألته عمن عليه رقبة واجبة ، أيجزىء عنه أن يبتاع بعض أقاربه يعتقه[٢٣٦] مكان رقبة عليه ؟ فقال لي ما كان من أقاربه يعتق

---

(٢٣٥) في الأصل (ان) .

(٢٣٦) في الأصل (لعتقه) ، وفي ت ق ٣ (يعتقهم) ولعل الصواب ما أثبته .

عليه إذا ملكه فلا يجزىء عنه ، لأنه لا يقدر على ملكه ، فكيف يجزىء عنه ؟ لا يجزىء عنه إلا من يجوز له أن يملكه ملكاً تاماً ، وهذا لا يقدر أن يملكه حتى يعتق عليه ، فمن كان يعتق عليه من أقاربه إذا ملكه ، فلا يجزىء عنه في الرقاب الواجبة ؛ وتقول[٢٣٧] إن الذي يعتق عليه من أقاربه فلا يجوز له ملكه ـ الولد والوالد والأخ والأخوات والجد والجدات من قبل الأم والأب ، وولد البنات ، وولد البنين ، ومن كان من أقاربه ـ إذا ملكه لم يعتق عليه ، وجاز له ملكه إياه ، فلا بأس أن يشتريه فيعتقه برقبة عليه واجبة ، وذلك يجزىء عنه إذا ملكه لم يعتق عليه ، مثل عمه وعمته وابن عمه وخاله وما أشبههم ، فإنه إذا ملكهم لم يعتقوا عليه ، فعتقهم يجزىء عنه في الرقاب الواجبة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها في المذهب ، إلا ما يروى عن ابن وهب من أنه قال يعتق على الرجل ذوو رحمه ـ وهم السبعة الذين ذكرهم الله عز وجل في كتابه[٢٣٨] وهو شذوذ في المذهب ، فمذهب مالك الذي عليه جماعة أصحابه ـ حاشا ابن وهب ـ أن الذين يعتقون على الرجل إذا ملكهم بلفظ وحيزهم ذَوُو المحارم من الآباء وإن علوا ، والأبناء وإن سفلوا ، والأخوة والأخوات ما كانوا ، فيدخل في هذا أولاد البنات والأجداد من قبل الأم ، والجدات الأربع ، ويجمع هذا أنه يعتق على الرجل كل من له عليه ولادة[٢٣٩] ومن أهل العلم من ذهب إلى أنه يعتق على

---

(٢٣٧) في الأصل (ويقول) ـ بالياء .

(٢٣٨) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ، وأخواتكم ، وعماتكم ، وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الاخت ﴾ ـ الآية ٢٣ من سورة النساء .

(٢٣٩) في ت (كل من له ولادة ، وكل من له عليه ولادة) .

الرجل ذوو رحمه المحرم كلهم -على ما روى عن النبي - عليه الصلاة والسلام من رواية ابن عمر أنه قال من ملك ذا رحم محرم عتق عليه[٢٤٠] ، ورُوي ذلك عن عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، ولا مخالف لهما من الصحابة؛ وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وأكثر أهل العراق ، ومذهب الليث بن سعد ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن وابن وهب - من أصحاب مالك على ما ذكرناه ؛ وذهب الشافعي إلى أنه لا يعتق على الرجل إلا الأب وإن علا ، والابن وإن سفل - وهو ظاهر قول ابن كنانة في سماع أبي زيد من كتاب الولاء ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وسمعته يسئل عن الخصي أيجوز[٢٤١] في الرقاب الواجبة ؟ قال نعم في رأيي هو رجل من المسلمين ، وسمعته يسئل عن الأعرج أيجوز[٢٤١] في الرقاب الواجبة ؟ قال نعم في رأيي[٢٤٢] هذا أعرج ، والآخر أعور ؛ وسمعته يسئل عن عتق المقعد أيجزىء في الرقاب الواجبة ؟ قال لا أحب ذلك ولا الأعمى أيضاً ، وقد سمعت[٢٤٣] أن رجلاً قال للحسن البصري : أيجوز ولد الزنى في الرقاب الواجبة ؟ فقال لله الصفاء والخيار ، فقيل لمالك أتستحسن هذا ؟ فقال والله إني لأستحسنه ، قال عز وجل ﴿ ولا تيمموا الخبيث

---

(٢٤٠) أخرجه أحمد وابو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث سمرة بلفظ (من ملك ذا رحم محرم فهو حر) قال المناوي : ولم يقل : (فيعتقه) . انظر فيض القدير ٦ - : ٢٢٩ .

(٢٤١ - ٢٤١) في ت (ايجزىء) .

(٢٤٢) في ت (من رأيي - هذا رجل من المسلمين) .

(٢٤٣) في الأصل (قال وسمعت) .

منه تنفقون ﴾[٢٤٤] يعمد[٢٤٥] الرجل إذا أراد أن يعتق هذا العبد ، وإذا أراد أن يتصدق تصدق بهذا الطعام .

قال محمد بن رشد : أما الخصي فأجازه في هذه الرواية في الرقاب الواجبة ، وكرهه في المدونة ولم يجزه في رسم لم يدرك من سماع عيسى بعد هذا ، والأظهر إجازته اعتباراً بالضحايا ؛ وأما الأعرج فأجازه في هذه الرواية ، واختلف قوله فيه في المدونة ، واختلاف قوله يرجع إلى أنه إن كان عرجاً خفيفاً أجزأ ، وإن كان عرجاً فاحشاً لم يجز على ما حكى ابن القاسم أنه سمع منه وهو الذي في رسم لم يدرك من سماع عيسى المذكور ؛ أما المقعد والأعمى ، فلا اختلاف في أنه لا يجزىء ، وإنما اختلفوا في الأعور ، فأجازه في هذه الرواية ، وفي المدونة ؛ ولم يجزه ابن الماجشون في كتب ابن شعبان اعتباراً بالضحايا ، وأما ولد الزنى فعتقه جائز في الكفارات بإجماع من مالك وأصحابه ، ولم يقل الحسن أنه لا يجزىء ؛ وإنما قال لله الصفاء، والخيار ، بمعنى أنه ينبغي أن يتخير لله أنفس العبيد ، وأعلاهم ثمناً ، ولا يقصد إلى أدناهم مرتبة ، وأقلهم ثمناً ، كما قال عروة بن الزبير ـ لبنيه : يا بني لا يهد أحدكم لله من البدن ما يستحيي أن يهديه لكريمه ، فإن الله أكرم الكرماء ، وأحق من اختير له ، وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي هريرة قال في ولد الزنى هو شر الثلاثة[٢٤٦] إنما قاله في رجل بعينه ـ لمعنى كان فيه ، وذلك أنه كان يؤذي النبي عليه الصلاة والسلام ـ فقال فيه : أما إنه مع مائة ولد زنى هو أشر الثلاثة ، روي عن عائشة أنها قالت لما بلغها ما تحدث به أبو هريرة في هذا عن النبي عليه الصلاة والسلام ـ يرحم الله أبا

---

(٢٤٤) الآية : ٢٦٧ من سورة البقرة .

(٢٤٥) في ت (إعماد)

(٢٤٦) أخرجه احمد وابو داود والحاكم والبيهقي .

أنظر فيض القدير على الجامع الصغير ٣٦٤/٦ .

هريرة ، أساء سمعاً فأساء إجابة ، لم يكن الحديث على هذا ، إنما كان رجل يؤذي رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت المعنى الذي ذكرته في ذلك ، وما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يدخل الجنة ولد زنى(٢٤٧) ، معناه الذي يكثر منه الزنا حتى ينتسب إليه لتحققه به ، كما يقال للمتحققين بالدنيا العاملين لها أبناء الدنيا ، ويقال للمسافر ابن السبيل ، ومن مثل هذا دثير ، وعلى هذا يتأول ما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن عتق ولد الزنى فقال لا خير فيه ، نعلان يعان بهما ، أحب إلي من عتق ولد الزنى(٢٤٨) . وقد قيل لابن عمر يقولون ولد الزنا شر الثلاثة ، فقال بل هو خير الثلاثة قد أعتق عمر عبيداً من أولاد الزنا ، ولو كان خبيثاً ما فعل ، وإنما قال ابن عمر فيه انه خير الثلاثة من أجل أنه لا يؤاخذ بما اقترفه أبواه من الزنى ، لقول الله عز وجل ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾(٢٤٩) ، ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾(٢٥٠) ، فهو خير الثلاثة لا شرهم إذا لم يعمل شراً . وقال ربيعة اني لا أجد شأنه في الإسلام تاماً ، ولا يجزىء في الرقاب مجنون ولا مجذوم ولا أشل ، ولا يابس الشق ، ولا مقطوع الإبهام ، ولا مقطوع الاصبعين ، واختلف في مقطوع الاصبع الواحدة ؛ فقال ابن القاسم لا يجزىء ، وقال غيره يجزىء واختلف أيضاً في الأصم ، فقال ابن القاسم عن مالك إنه لا يجزىء وقال ابن القاسم في المقطوع الأذنين على

---

(٢٤٧) في بعض الروايات (ولد زنية) ، وهو حديث ضعيف .
أنظر الاسرار : ٣٧٨ ، ٤٨٨ ، والميزان ١ /٣٧٧ ، والمقاصد الحسان : ٤٧٠ .

(٢٤٨) أخرجه ابن ماجه من حديث ميمونة بنت سعد مولاة النبي ـ ص ـ بلفظ : نعلان أجاهد فيهما خير من أن أعتق ولد الزنا .
انظر ج ٢ : ١٠٩ .

(٢٤٩) الآية : ١٨ من سورة فاطر .

(٢٥٠) الآية : ٣٩ من سورة النجم .

قياس قوله إنه لا يجزىء ، وقد روي عن ابن القاسم في الأصم أنه لا يجزىء[٢٥١] . واختلف في ذلك قول أشهب ، واختلف في الأبرص أيضاً فلم يجزه ابن القاسم في المدونة، وأجازه غيره فيها إذا لم يكن مرضاً، ولا يجزىء من فيه عقد عتق من مدبر أو مكاتب أو أم ولد ، أو معتق إلى أجل ، وما أشبه ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسمعته يقول لا تشتر الرقبة الواجبة بشرط العتق ، قيل أرأيت من أوصى أن يعتق عنه رقاب ؟ قال لا ، إلا ما كان من الوصايا في الرقاب الواجبة .

قال محمد بن رشد : فإن اشتراها بشرط ، لم يجز ـ قاله في المدونة وغيرها ، لأنها بعض رقبة من أجل أن البائع وضع من الثمن بسبب العتق ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعته يُسأل أيعتق الجد عن ابنة ابنته إذا ملكته ؟ قال نعم .

قال محمد بن رشد : قد مضى مثل هذا فوق هذا ، ولا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم ـ أعلمه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعته يُسأل أيملك الرجل أخته وأمه من الرضاعة ؟ فقال[٢٥٢] نعم في رأيي وغير ذلك خير ، قيل له ولا يعتقان عليه ؟ قال نعم .

---

(٢٥١) في الأصل (لا يجزىء) ـ بزيادة (لا) وهو تصحيف .

(٢٥٢) في الأصل (قال) .

قال محمد بن رشد : هذا أيضاً صحيح بين لا اختلاف فيه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال : وسمعته يُسأل عن امرأة أوْصت في جارية لها حامل بأنها حرة وما في بطنها مملوك ، ثم توفيت المرأة ووضعت الجارية ما في بطنها بعد وفاة سيدتها ، فقال الورثة أنت حرة وما في[٢٥٣] بطنك مملوك على ما أوصت به المرأة . فقالت الجارية لا ، بل ولدي بمنزلتي حر معي بحريتي ، فقال قد صدقت الجارية ، هي حرة وولدها الذي ولدت إذا كانت إنما وضعت بعد وفاة سيدتها ، فالولد حر مع أمه ، لا تعتق جارية ـ وجنينها مملوك . فقيل له إنها قد استثنت الولد في عتقها الجارية ، فقال إن هذا الاستثناء لا يجوز ، لا تعتق الجارية وجنينها مملوك إذا كانت إنما وضعت بعد أن وجب ذلك لها بعد موت سيدتها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ـ أعلمه ـ في المذهب ، لأن الجنين لما كان لا يجوز بيعه لم يجز استثناؤه في البيع ولا في العتق ، ولا اختلاف فيه أعلمه ـ في المذهب ، ويلزم على قياس قول من أجاز البيع في الجارية واستثناء ما في بطنها ، وجعل الولد مبقى على ملك البائع غير مبيع ، وهو مذهب الأوزاعي والحسن بن حيي ، وأحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه ، وداود بن علي ، وروي ذلك عن عبد الله بن عمر أنه يجوز عتق الجارية واستثناء ما في بطنها إذ هو في العتق أبين ، وبالله التوفيق .

---

(٢٥٣) في ت (وولدك) .

مسـألة

قال أشهب في رجل قال عند موته مسلمو رقيقي أحرار ، فلما مات الرجل ادعى رقيقه كلهم أنهم مسلمون ، وادعى ولد الميت انهم كلهم نصارى ، وليست ثم بينة تعرف من كان مسلماً ، ولا من كان منهم نصرانياً ؛ على من تكون البينة ؟ أعلى الورثة انهم نصارى ؟ أو على العبيد أن يأتوا بالبينة أنهم كانوا مسلمين حتى(٢٥٤) مات سيدهم ؟ وإن كانوا كلهم مسلمين ولم يسعهم الثلث ، كيف يصنع بهم ؟ قال أشهب البينة على الورثة انهم نصارى ، إذا ادعى العبيد أنهم مسلمون ؛ ولو قال الميت نصارى رقيقي أحرار ، فادعوا أنهم نصارى ؛ وقال الورثة بل هم مسلمون ؛ فعلى الورثة البينة أنهم مسلمون ، وفي سماع عبد الرحمن بن أشرس عن مالك مثله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن من ادعى خلاف ما قال الميت فهو المدعي ؛ وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ؛ إلا أنه لا يمين هاهنا على المنكر ، لأن العتق قد وجب له بكونه على الدين الذي قال الميت أن يعتق من كان عليه ، فعلى من أراد أن يرقه البينة ، فإن لم تكن له بينة ، لم يكن على المدعى عليها الرق يمين ؛ إذ لا يمين على من ادعي عليه أنه عبد ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألته عن رجل هلك وترك امرأة حاملاً ، وترك أولاداً ؛ كيف يصنع في ميراثه ؟ فقال يوقف الميراث ولا يقسم منه شيء حتى تضع المرأة ، قيل له فإن قالت الورثة نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له

---

(٢٥٤) في ت (حين) .

ميراثه ، فقال ليس ذلك لهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إن الواجب أن يوقف الميراث ولا يقسم حتى يوضع الحمل ، فإن عزلوا للحمل ميراثه ـ على أنه ذكر ، وقسموا بقية الميراث ، لم يكن لهم رجوع على ما وقفوه للحمل ان نقص ما في أيديهم أو هلك ؛ وإن تلف ما وقفوه للحمل رجع عليهم ان وجدهم أملياء ، وان كان[٢٥٥] بعضهم أملياء وبعضهم عدماء، رجع على الاملياء فقاسمهم فيما وجده في أيديهم ، واتبع عدماء وهو وهم ؛ كالغريم يطرأ على الورثة ، لا كالوارث يطرأ على الورثة ؛ لأنهم تعدوا فيما صنعوا من اقتسامهم بقية التركة ، ولو لم يتلف ما وقفوا للحمل وكان قد نما ما في أيديهم ، لكان له الرجوع في ذلك ؛ لأن قسمتهم لا تجوز ، ولو نما ما وقفوه للحمل ، وكان لهم في ذلك حق ، لأنهم قد رضوا بما أخذوا ، فالقسمة تجوز عليهم ، ولا تجوز عليه ؛ ولو كان للحمل ناظر فقسم عليه ، جـازت القسمة لهم وعليهم ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن رجل هلك وترك أبويه وامرأته حاملاً فأراد أبواه ان يتعجلا ميراثهما ، لأنهما يرثان الثلث على كل حال ؛ قال ليس ذلك لهما .

قال محمد بن رشد : إنما يرثان الثلث على كل حال إذا كان ترك ولداً ، وأما إن لم يترك ولداً ، فيرثان الثلث إن وضعت المرأة ولداً حياً (أو ابنة حية)[٢٥٦] وأما إن وضعته ميتاً ، فيرثان ثلاثة ارباع المال بينهما ـ على الثلث والثلثين ، وللزوجة الربع ؛ فالواجب أن يوقف الميراث حتى تضع المرأة على

---

(٢٥٥) في ت (وجد) .

(٢٥٦) جملة (أو ابنته حية) ـ ساقطة في الأصل .

كل حال ؛ فإن كان ترك الميت ولداً وجعلوا[٢٥٧] الحمل ذكراً وعزلوا له الميراث ، واقتسموا ما بقي ، كان قياسها والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسمعته يسأل عن عبد أعتقه رجل وامرأة ، فكان اذا سئل مولى من أنت ؟ فقال مولى فلان . ولا ينتسب إلى المرأة ، قال ينتسب اليهما جميعاً فيقول مولى فلان وفلانة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال كان من الحق عليه أن يقر بالولاء لكل واحد منهما ، لأنه نسب يجب به الميراث عند عدم النسب ، كما يجب بالنسب ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسمعته يسأل عن رجل أسلم فتسمى باسم اسحاق ، وأبوه نصراني ، فإذا قيل له من أنت ؟ قال أنا[٢٥٨] اسحق بن عبد الله ، قال ترك ذلك احب الي .

قال محمد بن رشد : أما تسميته إذا أسلم باسم من اسماء الاسلام ، فلا كراهة في ذلك ، وإنما الذي كره له الالغاز في قوله انه ابن عبد الله ، فيظن السامع له أنه ابن رجل من المسلمين ، فينحو ذلك الى الكذب ، فلذلك كرهه ، فقال تركه أحب إلي ، وقد مضى مثل هذا[٢٥٩] في رسم البز ورسم نذر سنة من سماع ابن القاسم ، وقد قيل ان الالغاز في مثل هذا مما لا

---

(٢٥٧) في ت (وجعل) .

(٢٥٨) كلمة (أنا) ساقطة في ت .

(٢٥٩) في ت (مثله) .

يقصد به مكراً ولا خديعة جائز ، وإلى هذا ذهب ابن حبيب ، وقد مضى في اول سماع أشهب من كتاب الإيمان بالطلاق حكم اللغز في اليمين ، وما يجوز منه مما لا يجوز ، وفي سماع أبي زيد أيضاً من كتاب النذور ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال(٢٦٠) مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في السائبة أنه حر وولاؤه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه .

قال محمد بن رشد : هذا من قول مالك يدل على أنه من قال لعبده أنت سائبة ، أنه يحكم عليه بحريته ، ولا يصدق إن قال لم أرد به الحرية ، إلا أن يكون قوله قد خرج على سبب يدل على أنه لم يرد به الحرية ، مثل قول أصبغ من رأيه في رسم البيوع الثاني من سماعه خلاف روايته عن ابن القاسم فيه أنه لا يكون حراً إلا أن يريد بذلك الحرية ، أو يقول له اذهب فأنت حر وانت سائبة وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عمن أعتق سائبة ، أليس هو عندك بمنزلة من أعتق عن جماعة المسلمين ، فولاؤه لهم ، وميراثه لهم ، وعقله عليهم ، فقال لي بل هو عندي بمنزلة من اعتق عن جماعة المسلمين ، فولاؤه لهم ، وميراثه لهم ، وعقله عليهم .

قال محمد بن رشد : قوله فيمن أعتق سائبة انه بمنزلة من اعتق عن جماعة المسلمين ، يدل على أنه اكراه عنده في عتق السائبة مثل قول اصبغ في رسم البيوع الثاني من سماعه ، خلاف روايته فيه عن ابن القاسم في كراهة ذلك ، لما فيه من هبة الولاء ، فإن وقع جاز ومضى ، وكان الولاء للمسلمين ؛

---

(٢٦٠) في ت (قال) .

وحكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن نافع مثل قول ابن القاسم ، وعن ابن الماجشون ان عتق[٢٦١] السائبة لا يجوز لأحد أن يفعله ، فإن فعله كان الولاء له ؛ إن عرف ، وإن جهل ، فالولاء لجميع المسلمين، وعقله عليهم ! وقول ابن الماجشون أظهر ، لقول النبي ـ عليه السلام ـ : (الولاء لمن اعتق[٢٦٢] ، لأن الولاء إنما كان له من أجل ان نوجب العتق لا من أجل أنه ولي أعتاقه، ولا من أجل أنه كان له)[٢٦٣] بدليل إجماعهم أن من اعتق عبده عن غيره ، يكون الولاء للمعتق عنه ؛ وان من ولى عتق عبد رجل ، يكون الولاء لصاحب العبد ؛ فلما كان ثواب عتق السائبة للذي أعتقه سائبة ، وجب أن يكون الولاء له ؛ ففي عتق السائبة على ما بيناه ثلاثة أقوال ، الجواز ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، وقول أصبغ في سماعه بعد هذا ؛ والكراهة ـ وهو قول ابن القاسم ، والمنع وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ، وقول ابن نافع في المبسوطة ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال لي المخزومي ، إذا مات النصراني الذي أعتقه المسلم ، فإنه لا يرثه مولاه أبداً ، وإنما ميراثه لولده وإخوته[٢٦٤] إن لم يكن له ولد ، وبني عمه إن لم يكن له ولد ولا إخوة ؛ فإن لم يكن له احد من الناس ممن أخذ ميراثه من النصراني ، ولم يعرض[٢٦٥] له فيهم ، لأنهم لا يكلفون في أصل دينهم البينة ؛ ولو كلفوا البينة على ذلك ، لم يأتوا إلا بمن على دينهم ، ونحن لا نجيز شهادة غير

---

(٢٦١) في الأصل (أعتق) ـ وهو تحريف ظاهر .

(٢٦٢) مر تخريج الحديث .

(٢٦٣) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطرين ـ ساقط في الاصل .

(٢٦٤) في ت (أو اخوته) .

(٢٦٥) في الأصل (يعوض) .

العدول من المسلمين ؛ فكيف نجيزه من النصارى ممن أراده منهم[٢٦٦] : وقال أن نتوارث وأهل ديننا هكذا لم يحل بينهم وبينه ، وإن كان الذي أعتقه مسلماً فإن اسلموه ولم[٢٦٧] يطلبه منهم طالب ، أدخلناه بيت مال المسلمين معزولاً ، لا يكون فيئا حتى يرثه الله ، أو يأتي طالب .

قال محمد بن رشد : حكم المخزومي في هذه الرواية في ميراث النصراني يعتقه المسلم بحكم ميراث الذمي على ما وقع لمالك في المبسوطة من أن الذمي إذا مات ولا وارث له لم يعرض لماله ، لأنهم قد عوهدوا على أن لا يعرض لأموالهم[٢٦٨] . قال مالك لا أرى[٢٦٩] أن يؤخذ مال الذمي الذي يموت ولا يدع وارثاً ، وقد فرق بينهما . واختلف في كل واحد منهما اختلافاً كثيراً ، فالذي يتحصل في ميراث النصراني يعتقه المسلم ثلاثة أقوال ، أحدها قول المخزومي هذا أن ميراثه لأهل دينه ، لا يعرض لهم فيه ، وإن لم يكن له ورثة . والثاني أن ميراثه لورثته من أهل دينه على ما يقوله أساقفتهم ، فإن لم يكن له وارث من أهل دينه كان لجماعة المسلمين يجعل في بيت مالهم قياساً على الذمي يموت ، أن ماله يكون لورثته من أهل دينه ؛ فإن لم يكن له ورثة ، كان ميراثه لجميع المسلمين . والثالث أن ميراثه لجماعة المسلمين دون ورثته من أهل دينه ، وهو نص قول محمد بن مسلمة[٢٧٠] المخزومي في المبسوطة ، ومذهب ابن القاسم فيما يتناول عليه إلا أن تكون له قرابة من عتاقة

(٢٦٦) في ق ٣ (عنهم) .

(٢٦٧) في ص ق ٣ (لم) - والأنسب نسخة ت .

(٢٦٨) في الأصل (لما لهم) .

(٢٦٩) في ت (فلا) .

(٢٧٠) في ص ق ٣ (سلمة) - وهو تحريف ، والصواب نسخة ت (مسلمة) .
انظر ترجمته في طبقات الشيرازي : ١٤٧ والانتقاء : ٥٦ ، والمدارك ٣٥٨/١ .

المسلمين ، فيكونون أحق بميراثه من جماعة المسلمين على ما قاله ابن كنانة في سماع ابي زيد من كتاب الولاء والرابع أن ميراثه لمولاه المسلم المعتق له ، قاله عبد الله بـن نافع في المبسوطة ، وهو بعيد ؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر:[٢٧١]؛ والذي يتحصل في ميراث الذمي من أهل الجزية ثلاثة أقوال ؛ أحدها أن ميراثه لأهل دينه لا يعرض لهم فيه - وإن لم يكن له[٢٧٢] ورثة ، وهو قول مالك في المبسوطة ، وقول المخزومي ؛ لأنه إذا قال ذلك في النصراني الذي يعتقه المسلم ، فأحرى أن يقوله في الذمي من أهل الجزية . والثاني أن ميراثه لورثته من أهل دينه ، فإن لم يكن له ورثة من أهل دينه ، فميراثه للمسلمين وهو قول ابن حبيب . والثالث الفرق بين أن تكون الجزية مجملة عليهم أو على جماعتهم ، وهو قول ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال وأخبرني ابن وهب أنه سمع مالكاً يسأل عن عبد كانت تحته حرة فولدت منه غلاماً ، فكبر فصار رجلاً ، ثم اشترى أباه فعتق عليه ؛ أترى ولاء أبيه يرجع إلى ولاء ابنه ؟ فإن ناساً شكوا في ذلك وقالوا ما نراه ، إلا كالسائبة ، فقال ولاؤه لموالي ابنه ينتقل ذلك اليهم ، وإنما جر ابنه إليهم ما يجره غيره ، ولو اشتراه فأراهم مواليه ، يرجع ولاء الأب والابن اليهم .

قال محمد بن رشد : وقع في بعض الأمهات ولاؤه لموالي أم ابنه وهو صواب ، لأن موالي ابنه هم[٢٧٣] موالي أم ابنه ، لأن ولاء ولد الحرة من

---

(٢٧١) حديث متفق عليه . انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٦/٤٤٩ .

(٢٧٢) في ت (لهم) .

(٢٧٣) في ت ق ٣ (هو) .

العبد لموالي الأم ؛ قال سحنون في كتاب ابنه : وهذا قول جميع أصحابنا ، إلا ابن دينار، فإنه قال هو كالسائبة ، وولاؤه[٢٧٤] للمسلمين ؛ والذي قاله مالك وتابعه عليه جمهور أصحابه من أن ولاء أبيه يرجع إلى موالي ابنه هو الصحيح ، لأن من اشترى من يعتق عليه ، فولاؤه له ، فإذا اشترى هذا الرجل أباه فعتق عليه كان ولاؤه له وانجرّ إلى مواليه وهم موالي أمه ؛ وإن مات الاب بعد أن مات ابنه ولم يترك ولداً ولا عصبة ، وترك مولاه الذي أعتق أمه ، كان ميراث الأب له ؛ ولو كان هذا الذي اشترى أباه فعتق عليه معتقاً ، لجر ولاءه إلى مولاه الذي أعتقه ، ولوجب إن مات الأب بعد أن مات ابنه ولم يترك ولداً ولا عصبة وترك مولاه الذي أعتقه ؛ أن يكون ميراث الأب لموالي الابن الذي أعتقه ، لأن الرجل يرث بالولاء من اعتق من اعتقه (وولد من اعتق من اعتقه)[٢٧٥] ومولى من اعتق مس اعتقه ؛ ووجه ما ذهب إليه ابن دينار أنه لما كان الابن لا يرث أباه بالولاء . وإن اعتق عليه من أجل أن النسب مقدم على الولاء ، لم ير أن يجره إلى مواليه وليس بصحيح ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وأخبرني ابن وهب أنه سمعه يسأل عن عبد له امرأة حرة فولدت له أولاداً فمرض مرضاً شديداً فأعتقه سيده غدوة ، ومات العبد عشية ؛ لمن ولاء ولده من الحرة ؟ فقال ولاء ولده منها للذي اعتق أباهم إذا أعتقه وهو حي قبل أن يموت ، فذلك أبين لشأنه أن يكون الولاء لسيده الذي أعتقه ، ويرثه ورثته الأحرار ، فقيل له إنه أعتقه عند موته ، فقال له هو كما قيل لك إن ولاء ولده لموالي أبيهم الذي كان اعتقه دون موالي أمه إذا كان اعتقه ، وهو حي .

---

(٢٧٤) في ت (ولاؤه) .

(٢٧٥) جملة (وولد من أعتق من أعتقه) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال انه إذا اعتقه وهو حي قبل ان يموت وان كان في حال اليأس من الحياة ، فإنه يكون له بذلك ولاء ولده من الحرة ، ويكون أحق بميراثه من موالي أمه ؛ لأنه لو كان حراً فمات له وارث وهو في حال اليأس من شدة المرض لورثـه ، ولو أعتقه وهو مجروح منفوذ المقاتل قبل أن يموت ، لتخرج ذلك على قولين ، وبالله التوفيق .

(كتاب العتق الثاني)[١]

من سماع عيسى بن دينار من كتاب نقدها نقدها

وسئل عن رجل قال لرجل في غلام له هو[٢] حر - إن لم آخذه بخمسة وعشرين ديناراً - إن أعطيتني إياه ، فأعطاه إياه وقال هو لك ، قال فذلك له ؛ قال ابن القاسم - إن شاء أخذه وإن شاء تركه ولا حنث عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا أعطاه إياه وقال هو لك ، فله أن يأخذه وأن يتركه ، فإن أخذه بر في يمينه - ولم يكن عليه شيء ؛ وإن تركه ، حنث ولم يلزمه شيء ؛ لأنه إنما حنث بما في ملك غيره ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم[٣] فإذا لم يلزمه النذر فيما لا يملك ، فأحرى ألا يلزمه الحنث فيه ، فقوله وإن شاء تركه ولا حنث عليه ، معناه وإن شاء تركه ولا شيء عليه ؛ وقد رأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة البيع لازم للمشتري ، إلا أن يعفو عنه البائع ، وإنما أجاب فيها على الحنث انه لا يحنث اشتراه أو تركه ؛ فأما البيع

(١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٢) في الأصل (انه) .

(٣) أخرجه أحمد والأربعة من حديث عائشة ، والنسائي من حديث عمران بن حصين . انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٦/ ٤٣٧ .

فقد لزمه ، قال : المسألة المتصلة تبين هذا ، وليس قوله بصحيح ؛ لأنه لم يلزم نفسه الأخذ ، وإنما حلف أن يأخذ ، ومن حلف على شيء فله أن يبر ، وأن يحنث ؛ فليس للبائع أن يلزمه ما قد جعل لنفسه فيه الخيار ، والمسألة التي بعدها لا تشبهها ؛ لأنه لما قال له بعني غلامك وهو[٤] حر ، كان قد أوجب ذلك على نفسه ، وفي ذلك اختلاف حسبما نذكره ؛ وأما هذه المسألة فخارجة من الاختلاف ، إذ لم يلزم نفسه الأخذ ، وإنما حلف عليه ، (وبالله التوفيق)[٥] .

مسألة

ومن قال بعني غلامك بعشرة دنانير على أنه حر ، فقال نعم ؛ فقال قد بدا لي أن ذلك لازم له .

قال محمد بن رشد : اختلف في الرجل يقول للرجل بعني سلعتك بكذا وكذا ، فيقول له قد فعلت ؛ فيقول قد بدا لي ، أو يقول له خذ سلعتي بكذا وكذا ، أو إشتر سلعتي بكذا وكذا ، فيقول[٦] قد فعلت ؛ فيقول قد بدا لي ، فقيل إن ذلك كالمساومة يدخل في ذلك من الاختلاف ما يدخل في المساومة ؛ وقيل إن قوله بعني سلعتك ، إيجاب منه على نفسه شراءها بمنزلة أن لو قال قد اشتريتها ، وإن قوله خذ سلعتي بكذا أو لشرائها بكذا ، إيجاب منه لبيعها بمنزلة أن لو قال قد بعتها منك بكذا . فقوله إن ذلك لازم له هو (على)[٧] احد هذين القولين ، لأن قوله على إنه حر ، لا تأثير له في إيجاب الشراء على نفسه ؛ تخرج به المسألة من الخلاف ، وقد مضى تحصيل

---

(٤) في الأصل (هو) .

(٥) جملة (وبالله التوفيق) ساقطة في الأصل .

(٦) في ت (فيقول له) ـ بزيادة (له) .

(٧) كلمة (على) ساقطة في الأصل .

القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع أشهب وكتاب العيوب ، وبالله التوفيق .

مســـألة

وسئل عن رجل قال للرجل بكم عبدك ؟ قال بعشرة ، قال وتبيعه بعشرة ؟ قال نعم ؛ قال هو حر إن بعتنيه بذلك ـ إن لم آخذه ؛ فقال قد بعتك ، فقال : أحب إلي أن يشتريه وينقده ثم يستقيله .

قال محمد بن رشد : قال في هذه المسألة : أحب إلي أن يشتريه وينقده ثم يستقيله ـ زيادة على قوله فيها في أول رسم إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ـ ولا حنث عليه ، وإنما استحب له ذلك ؛ لأنه إذا اشتراه بر في يمينه ، وإن لم يشتره حنث ؛ وإذا حنث إحتمل أن يعتق عليه إن رضي صاحبه أن يمضيه له بقيمته ، وقد قال ذلك ابن القاسم في أحد قوليه في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات في العبد بين الشريكين يتصدق أحدهما بجميع العبد على غير شريكه ، فلا يبعد أن يقال بالقياس على ذلك من أعتق عبد رجل يلزمه عتقه ـ إن رضي صاحبه أن يأخذ منه فيه قيمته ، ويحمل عليه بأن هذا هو الذي أراد العبد أن يعتق ما ليس له[٨] ، وبالله التوفيق .

مســـألة

وقال في رجل سأل ابناً له امرأته[٩] ، أو أجنبياً من الناس في مرضه أن يهب له غلاماً له على أن يعتقه يتقرب به إلى الله ففعل به ذلك على ذلك وأعتقه ؛ ثم مات فقام أهل الدين[١٠] يريدون أن

---

(٨) في الأصل (عنده) .

(٩) في ص ق ٣ (امرأة) .

(١٠) في ت ص (الديون) .

يردوا عتقه ، أن عتقه ماض ، وليس لأهل الدين فيه شيء ؛ لأنه ليس بمال له ، وإنما أعطاه الذي أعطاه على أن يعتقه . قال عيسى وهو في الصحة كذلك ، وهو خارج من رأس المال في المرض ، كل ذلك من رأس المال يكون .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه لم يتقرر له عليه ملك إذ وهبه إياه بشرط العتق وولائه له ، لأن الولاء كان يكون له لو أعتقه عنه فكذلك إذا أعتقه هو بما اشترط عليه من عتقه ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال فيمن دفع إليه رأس ليبيعه فأعطي به عطاء ، فقال هو حر من مالي إن بعته ثم باعه ؛ أنه لا شيء عليه ، ولا يعتق عليه ؛ ولو استعين به في شراء رأس فسام به ، فقيل له بكذا وكذا ؛ فقال هو حر من مالي إن أخذته بهذا ، ثم أخذه بذلك ـ والمشتري له واقف ، قال : لا[11] شيء عليه أيضاً ، لأنه إنما وجبت الصفقة لغيره .

قال محمد بن رشد : هذا على قياس قوله في المدونة في الذي يقول لعبد لا يملكه : أنت حر من مالي إنه لا يعتق عليه ، وإن رضي سيده أن يبيعه منه ؛ لأنه إذا قال ذلك في غير اليمين ، فأحرى أن يقوله في اليمين ؛ والقياس أن يلزمه[12] في غير اليمين إذا قال في مالي ورضي سيده أن يبيعه منه بقيمته ؛ وأما إذا قال عبدي فلان حر ـ إن فعلت كذا وكذا ـ ولم يقل في مالي ، فالقياس ألا يعتق عليه ـ وإن رضي سيده أن يبيعه منه بقيمته على ما قاله في هذه الرواية في الذي باع عبداً لغيره فحلف بحريته ـ إن باعه أو اشترى

---

(١١) في ص ق ٣ (فلا شيء) ـ بإسقاط (قال) .

(١٢) جملة (والقياس أن يلزمه) ـ ساقطة في ق ٣ .

عبداً لغيره فحلف بحريته إن اشتراه ؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام ـ لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم . ويشبه أن يعتق عليه إن رضي الذي باعه منه ، أو الذي اشتراه له أن يمضيه[١٣] بقيمته على أحد قولي ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات في العبد بين الشريكين يتصدق أحدهما بجميعه على غير شريكه فيه أنه يكون له إن رضي شريكه أن يسلم حظه منه بقيمته ، وبالله التوفيق .

مســألة

وفيمن قال لجاريته : هي حرة إن وجدبها الثمن أو أكثر ـ اليوم ـ إن لم يبعها ؛ فبعث بها مع رجل يبيعها له وبجارية أخرى صغيرة فباعها الرسول وأرسل إليه يستأمره في الخيار ، فقال للرسول قل له يشترط الخيار في الصغيرة فأخطأ الرسول فقال للموكل يقول لك اشترط الخيار في الكبيرة ففعل ، وباع[١٤] على ذلك ؛ فقال هو حانث ، ورأيته فيها قوياً لا يشك . يريد إذا كان اليوم الذي حلف عليه قد انقضى وبقي له الخيار ؛ قال ولو أن الموكل باعها واشترط الخيار ولم يأمره أن يشترط ذلك ، ثم رجع إليه وأخبره بذلك ؛ فقال اذهب فأنفذ له[١٥] البيع ، فرجع[١٦] الوكيل فلم يجد[١٧] المشتري ، وغابت الشمس وانقضى ذلك اليوم ؛ قال إن أشهد الوكيل أنه قد أنفذ له البيع ، لم أر على الرجل شيئاً ، وإن كان لم

---

(١٣) في الأصل (له بقيمته) .
(١٤) في الأصل (أو باع) .
(١٥) في ت (وأنفذ إليه) .
(١٦) في ت (إليه الوكيل) ـ بزيادة (إليه) .
(١٧) في الأصل (يحز) .

يشهد على ذلك حين لم يجده وانقضى ذلك اليوم وغابت الشمس ، خفت أن يحنث .

قال محمد بن رشد : قال في المسألة الأولى إنه حانث ، لذا كان اليوم الذي حلف عليه قد انقضى وبقي له الخيار مستبصراً في ذلك قوياً فيه لا يشك ؛ وقال في المسألة الثانية إنه إن[١٨] لم يشهد الوكيل على إمضاء البيع للمشتري حتى انقضى ذلك اليوم وغابت الشمس ، خفت أن يحنث ، والحنث في الثانية أبيـن منه في الأولى ؛ وذلك أنه لم يكن من الحالف في المسألة الأولى تفريط في ترك البيع حتى انقضى النهار ، بل كان مغلوباً عليه في ذلك بخطى الرسول عليه ؛ وأما المسألة الثانية فالتفريط جاء من قبل الحالف ، إذ[١٩] كان قادراً على أن يشهد هو على امضاء السلعة للمشتري بالخيار الذي اشترطه الوكيل فيها فإذا لم يفعل وصرف الأمر في ذلك إلى الوكيل ، فقد فرط ووجب أن يحنث بلا شك ؛ إلا أن قوله في المسألة الأولى إنه حانث هو المشهور في المذهب المنصوص عليه في المدونة وغيرها : أن من حلف ليفعلن فعلاً لا يعذر في تركه بالغلبة على ذلك ؛ الا أن تكون له فيه نية (بخلاف الحالف أن لا يفعل فعلاً هذا يعذر فيه بالإكراه على الفعل - وإن لم تكن له فيه نية)[٢٠] وقد قيل إنه لا يعذر بالإكراه على الفعل إلا أن ينويه ، وهو الذي يأتي على قول مالك الذي تقدم في رسم الأقضية من سماع أشهب ؛ وقد مضى القول على ذلك هنالك وما يتحصل في المسألة من الاختلاف ، وبالله التوفيق .

---

(١٨) في ت (إذا) .

(١٩) في الأصل (إذا) .

(٢٠) ما بين القوسين - وهو نحو سطر - ساقط في الأصل .

مسألـــة

وعن الرجل يقول متى ما حدث بي حدث الموت ، كل مملوك لي حر ـ وله مماليك ، وكسب أيضاً مماليك بعد ، ثم يموت ؛ قال يعتقون كلهم ما كان عنده ، وما أفاد إذا وسعهم الثلث .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا عم فقال في وصيته ثيابي ،أو رقيقي لفلان أو رقيقي[٢١] أو عبيدي ، أو مماليكي ، أو كل مملوك لي حر ، أن الوصية تكون فيما كان له من الثياب ، أو العبيد ، يوم يموت ، كانوا هم أو غيرهم ، أو هم وغيرهم ؛ وقد مضى الكلام على هذا مستوفى في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا ، وتكررت المسألة أيضاً في مواضع من سماع أشهب منه وفي سماع عيسى في رسم باع شاة منه أيضاً ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وعن المرأة تكون لها الجارية المولـدة الرائعة فتحلف بعتقها ألا تبيعها ولا تهبها ولا تزوجها ؛ فتأتي الجارية السلطان فتخبره أنها لا تقدر على الصبر بغير رجل ، وأنها تخاف على نفسها ؛ قال لا أرى أن تحنث الا أن يكون الذي عملت[٢٢] براً ـ أنها أو أدق به ضرراً ، فتمنع من ذلك ، فإن كان لها نية أني لا أبيعها طائعة ، فباعها السلطان ، فلا أرى عليها حنثاً ؛ وإن لم تكن لها نية،فلا تباع عليها .

قال محمد بن رشد : ليس على الرجل أن يزوج عبده ولا أمته اذا

---

(٢١) جملة (لفلان أو رقيق) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٢) في ت (عتب) .

سأله واحد منهما ذلك ، لأن قوله عز وجل ﴿ وأنكحوا الأياما منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ﴾[٢٣] ليس على الوجوب في العبيد والاماء ، بدليل قوله « والصالحين » ، إذ لم يكن عاماً في جميعهم كالمعتقة التي لم تحمل على الوجوب ، لقوله فيها ﴿حقاً على المتقين﴾[٢٤] و﴿ على المحسنين ﴾[٢٥] فلهذا لم ير في هذه الرواية أن تحنث المرأة في يمينها ألا تبيع جاريتها ولا تهبها ولا تزوجها ، إلا أن يتبين أنها أرادت بذلك الضرر ، فإن تبين ذلك ، منعت منه كما قال بأن تباع عليها إذا كانت لها نية أنها إنما حلفت ألاَّ تبيعها طائعة يريد وتصدق في ذلك مع يمينها على ما قاله في آخر سماع أشهب من كتاب الايمان بالطلاق : وإن لم تكن لها نية ، أعتقت عليها ولم تبع لوجوب العتق عليها فيها ببيعها . وهذا معنى قوله وإن لم تكن لها نية فلا تباع عليها وتعتق . وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها اتباعاً لظاهر قوله فيها ألا يبيع السلطان الجارية إلا باجتماع شيئين أن يعلم أنها قصدت الضرر ، وأن يعلم أنها أرادت : لا[٢٦] أبيع طائعة ، فحينئذ يبيع ؛ وإن انفرد أحدهما ، لم تبع عليها[٢٧] : وليس ذلك بصحيح ، لأن النية لا تعلم الا من قبلها ، فإذا تبين ارادتها الضرر (بمنعها)[٢٨] حنثت وأعتقت عليها، الا أن تكون لها نية تدعيها فتصدق فيها وتباع عليها ؛ وهذا الذي قلناه من أنه ليس على الرجل أن يزوج عبده ولا أمته إذا سأله واحد منهما ذلك ، هو نص ما في رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان ، وبالله التوفيق .

---

(٢٣) الآية : ٣٢ من سورة النور .

(٢٤) الآيتين : ١٨٠ ، ٢٤١ ـ من سورة البقرة .

(٢٥) الآية : ٢٣٦ ـ من سورة البقرة .

(٢٦) في ت (الا) .

(٢٧) في الأصل (عليه) .

(٢٨) ما بين القوسين بياض مقدار كلمة ، وهي في ت ق ٣ غير واضحة ولعل الأنسب ما أثبته .

مسألــة

وقال ابن القاسم في رجل قال اشهدوا أن غلامي فلان حر بخمسين ديناراً ، وهو حر إن رضي أن يبيعه بخمسين ديناراً ، فقال فلان قد رضيت ؛ فقال هو حر وهو بيع ؛ فإن قال لا أرضى وقد بدا لي ، قال ليس ذلك له وهو حر ؛ قال فإن قال صاحبه قد بدا لي(٢٩) بعد ما قال قد رضيت ، قال ليس ذلك له قد باع ؛ قال وإنما الذي قال مالك الذي يقول اشهدوا أن غلامي فلان حر من مالي ، إن فعلت كذا وكذا ـ فيفعله ، قال ليس عليه شيء ؛ قال ابن القاسم والذي يقول لرجل(٣٠) تبيعني غلامك بخمسين ديناراً وهو حر على الإيجاب ، فقال نعم ، فقال قد بدا لي ، فقال ليس ذلك له وهو حر ، وهو بمنزلة ما لو قال غلامي فلان لي بخمسين ديناراً إن رضي وهو حر فرضي ، فالبيع له لازم ، ولم تزده الحرية إلا قوة .

قال محمد بن رشد : إنما الذي قال اشهدوا أن غلام فلان لي بخمسين ديناراً ، وهو حر إن رضي فلان أن يبيعه بذلك ، فهو كما قال من أنه حر ولا رجوع لواحد منهما فيما رضي به ، لأنه بيع قد انبرم بينهما وتم بما أشهد به المبتاع على نفسه من التزامه العبد بالخمسين ، وامضاء البائع له البيع فيه بذلك لقوله : قد رضيت ، وإذا التزم المبتاع الشراء لزمته الحرية ؛ وأما قول مالك في الذي يقول اشهدوا أن غلام فلان حر من مالي ، فإن فعلت كذا وكذا ، فقد مضى الكلام فيه فوق هذا في هذا الرسم وما يدخله من الاختلاف ، فلا معنى لإعادته ؛ وأما الذي يقول لِرجل تبيعني غلامك

---

(٢٩) كلمة (لي) ساقطة في الأصل .

(٣٠) في ت (للرجل) .

بخمسين ديناراً ـ وهو حر على الإيجاب ، فقال نعم ؛ فقوله فيه إن[٣١] ذلك يلزمه ، بمنزلة ما لو قال غلام فلان لي بخمسين ديناراً ـ إن رضي ـ صحيح ، وإنما كان بمنزلته ، من أجل قوله على الإيجاب ؛ ولو قال تبيعني غلامك بخمسين ديناراً أو هو حر ـ ولم يقل على الإيجاب ، فقال له نعم ، لما كان بمنزلة قوله غلام فلان لي بخمسين ديناراً ؛ لأن قوله غلام فلان لي بخمسين ديناراً إن رضي، ايجاب منه على نفسه شراءَهُ بخمسين ديناراً. وقوله تبيعني غلامك بخمسين دينار مساومة ، يختلف إن قال له البائع قد بعتك إياه بالخمسين ، هل يلزمه الشراء أم لا ؟ وقد مضى بيان هذا في أول الرسم ، وقد مضى تحصيل القول فيه في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته عن العبد يدفع إلى رجل مائة دينار ، ويقول له اشترني لنفسي[٣٢] من سيدي ، فيشتريه لنفس العبد ، ويستثني ماله ، قال يكون حراً ولا يرجع السيد البائع على العبد ، ولا على المشتري بشيء ، ويكون ولاؤ ه للبائع ؛ ومن سماع أصبغ بن الفرج قال ابن القاسم ولا ينظر في هذا أعتقه بعد الاشتراء أو لم يعتقه ، ليس للمبتاع في هذا عتق ؛ قال عيسى بن دينار قلت فلو كان قال اشترني ولم يقل لنفسي ، فاشتراه المشتري لنفسه وليس للعبد واستثنى ماله ؛ قال يكون عبداً له ولا يرجع البائع على المشتري بشيء ؛ فإن أعتقه المشتري كان ولاؤ ه له، لأنه اشتراه بمال قد كان استثناه؛ قال عيسى قلت لابن القاسم فلو لم يستثن ماله فعتقه المشتري ثم عثر

---

(٣١) في ت (انه) .

(٣٢) في الأصل (لنفسك) .

على ذلك، قال مالك يرجع البائع فيأخذ من المشتري مائة دينار أخرى ، ويكون ولاؤه للمبتاع ؛ فإن لم يكن عنده شيء ، بيع من العبد المعتق قدر المائة ، فإن فضل من رقبته فضل عن المائة ، عتق منه ما بقي ، وإن نقصت رقبته عن المائة ، كان ما نقض ديناً يُتبع به المشتري ؛ وإن قال اشترني بهذه المائة لنفسك ، فاشتراه ولم يستثن ماله ، كانت المائة للسيد واتبعه بمائة أخرى ؛ قال أصبغ وإن اختلف المشتري والعبد ولم يستثن ماله ، فقال العبد أعطيته للمشتري لنفسي ، وقال المشتري أعطاني اشتريه لنفسي ، فالقول قول المشتري ، لأنه ضامن غارم ، وأن الولاء قد وجب له والشراء قد عرف والعبد مدع ؛ وكذلك إن كان استثنى ماله أيضاً ، فالقول قول المستثني بظاهر الاشتراء حتى يعرف خلافه ببينة للعبد على معاملته على ذلك ، أو على اقرار من المشتري بذلك قبل اشترائه ؛ قال أصبغ وإن اختلف السيد والمشتري اذا لم يستثن ماله فتداعيا ، فقال السيد إنما أعطيتني من مال عبدي ، ولم يعرف كيف كان ذلك ، فأنكر المشتري فالقول قول المشتري ؛ لأن السيد مدع عليه للمائة ليغرمه إياه ثانية ، وعلى المشتري اليمين ؛ فإن حلف بريء وإن نكل حلف السيد واستحق ؛ ورد بذلك عتق العبد حتى يباع له فيها إذ لم يكن له مال غيره ، عرفت بينهما مخالطة وملابسة قبل ذلك ، أو لم تعرف ؛ لأن هذا سبب قد أوجب اليمين عليه .

قال محمد بن رشد : تلخيص قول ابن القاسم في هذه المسألة أنه إن اشترى العبد للعبد بالمائة التي دفعها اليه فاستثنى ماله ، كان حراً ولم يكن للسيد في ذلك كلام؛ وإن لم يستثن ماله، (كان للسيد إذا علم أن يأخذ عبده وتكون المائة له ؛ وإن اشتراه المشتري لنفسه لا للعبد ، فاستثنى ماله ، كان العبد له ، ولم يكن للسيد في ذلك كلام ؛ وإن لم يستثن ماله ، كان للسيد ،

إذا علم أن يرجع عليه بالمائة ـ ولا اعتراض في ذلك ـ إذا لم يستثن ماله)[٣٣] اشتراه لنفسه أو للعبد ، وأما إن استثنى ماله ففي ذلك نظر من أجل أن المشتري علم بالمائة التي للعبد وجهل ذلك السيد ؛ فمن حجته أن يقول لو علمت أن له هذه المائة لما بعته بماله ، فيكون له أن ينقض البيع ويأخذ عبده على ما قالوا[٣٤] في الصبرة إذا علم المشتري كيلها وجهل ذلك البائع ـ قال ذلك ابن أبي زيد ؛ ووجه قول ابن القاسم ، أن المال لم يقع عليه حصة من الثمن لأنه ملغى ؛ فلكلا القولين وجه ، ومرض[٣٥] الأصيلي هذا الشراء من وجه آخر ، وهو أن وكالته العبد على شرائه من سيده لا تجوز الا باذن سيده ؛ فإن اشتراء العبد ـ على قياس قوله ـ للعبد بالمائة التي دفعها اليه ، واستثنى ماله ـ ولم يعلم السيد أنه إنما يشتريه للعبد ، كان للسيد ألَّا يجيز ذلك ؛ وإن أعلمه بذلك ، لم يكن له فيه كلام ؛ لأنه هو البائع للعبد من نفسه ، وأما إذا اشتراه بالمائة لنفسه لا للعبد ، فلا كلام في ذلك للسيد على ما ذهب اليه الأصيلي ، خلاف ما ذهب اليه ابن أبي زيد ؛ وقول ابن أبي زيد هو الصحيح في المسألة ، وأما قول أصبغ إنه إن اختلف المشتري والعبد ـ ولم يستثن ماله ، فقال العبد أعطيته يشتريني[٣٦] لنفسي ، وقال المشتري أعطاني اشتريه لنفسي ، فالقول قول المشتري ، لأنه ضامن غارم ، والولاء قد وجب له ؛ فهو الصحيح ؛ الا أنه لم يبين[٣٧] أن كان يكون القول قوله بِيَمين أو غير يمين ؛ والذي يأتي في ذلك على أصولهم أنه إن كان المشتري قد أعتقه ، كان القول قوله بغير يمين ؛ لأن العبد يريد إرفَاق نفسه لسيده بما يدعيه من أنه أعطاه المائة ليشتريه بها لنفسه ؛ ولو أقر له المشتري بذلك بعد أن أعتقه ، لوجب ألا

---

(٣٣) ما بين القوسين ـ وهو نحو ثلاثة أسطر ـ ساقط في الأصل .

(٣٤) في الأصل (قاله) .

(٣٥) في ت (وفرض) .

(٣٦) في الأصل (يشتري) .

(٣٧) في الأصل (ليس يبين) .

يصدق ؛ لأنه يريد ارفاق العبد ، فوجب أن يكون القول قوله أنه اشتراه لنفسه دون يمين ؛ وأما إن كان لم يعتقه ، فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ فإن نكل عن اليمين ، حلف العبد وكان القول قوله ورجع العبد الى سيده ؛ فإن نكل العبد عن اليمين كان للسيد أن يحلف ويأخذ عبده ، فإن نكل عن اليمين أيضاً بقي العبد للمشتري ؛ وأما قوله وكذلك إن كان قد استثنى ماله أيضاً ، فالقول قول المشتري ؛ فمعناه دون يمين ، لأن العبد في دعواه إنما أعطاه المائة ليشتريه بها لنفسه لا للمشتري ، مدع للعتق ، فلا يمين له عليه في ذلك ، الا أن يأتي بشاهد واحد أنه عامله على ذلك ؛ ولو كان المشتري قد أعتق العبد ، لكان الولاء له ؛ إلا أن يقيم سيده البينة على أن العبد إنما أعطاه المائة على أن يشتريه بها لنفسه لا للمشتري ؛ ولو أقام على ذلك شاهداً واحداً لم يحلف معه ، لأن الولاء لا يستحق باليمين مع الشاهد ؛ ولو مات العبد بعد أن مات المشتري ولا ولد له عصبة لكان للسيد أن يحلف مع الشاهد الواحد ويستحق المال على مذهب ابن القاسم ، خلاف قول أشهب ، لأنه لا يستحق المال الا بعد ثبات الولاء ؛ وأما قول أصبغ إنه إن اختلف السيد والمشتري فتداعيا في المائة ، زعم السيد أنه أعطاه إياها من مال عبده[٣٨] فالقول قول المشتري ؛ فهو بين لا اشكال فيه ولا اختلاف ، وأما قوله إنه[٣٩] إن نكل عن اليمين وكان ذلك بعد أن أعتق العبد ولا مال له غير العبد ، أن السيد يحلف ويرد بذلك عتق العبد ، فهو قول ضعيف ينحو إلى قول مالك في موطئه[٤٠] ؛ والذي روى ابن القاسم عن مالك أنه لا يرد عتق العبد[٤١] بالنكول هو القياس ، لأنه يتهم على أن ينكل عن اليمين ليرد[٤٢] عتق العبد بيمين السيد ، ألا ترى أنه لو أقر

---

(٣٨) في الأصل (العبد) .

(٣٩) كلمة (انه) ساقطة في الأصل .

(٤٠) انظر ص : ٥١٢ ـ طبع دار النفائس .

(٤١) في ت (السيد) .

(٤٢) في الأصل (فيرد) .

له بما ادعاه من أنه دفع اليه المائة من مال عبده ، لما صح أن يرد بذلك عتق العبد كما لو أعتق رجل عبده ولا مال له غيره ، ثم أقر لرجل بدين لم يرد عتقه باقراره ؛ وأما لو اختلف السيذ والمشتري وقد استثنى ماله ، لكان القول قول المشتري دون يمين ، كان المشتري قد أعتق العبد أو لم يعتقه ؛ لأنه إن كان قد أعتقه فهو مدع لولائه ، وإن كان لم يعتقه فهو مدع لحريته ، ولا يمين في واحد من الوجهين ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألت ابن القاسم في العبد يكون بين الرجلين فيأذن له أحدهما بعتق عبد له ، فيعتقه فيغير ذلك الآخر ويأباه ؛ قال يرد عتقه ، ولا يجوز إلا باجتماع منهما على الآخر ؛ قلت ولا يقوم حظ شريكه على الذي أذن له ، قال لا يقوم عليه ويرد عتقه ؛ قلت لعيسى أرأيت إن حلف أحدهما بعتق عبد من عبيد عبيدهما ، فحنث أيقوم عليه أم لا ؟ قال أَرَى أنْ يقوم عليه ، قيل وكذلك لو ابتدأ عتقه من غير حنث وقع عليه ، قال يقوم عليه أيضاً ؛ قيل وكيف تؤخذ القيمة منه أقيمته كلها أم نصف القيمة ؛ قال ذلك إلى شريكه إن شاء أخذ نصف القيمة ، وإن شاء أخذ القيمة كلها وأقرت في يد العبد ؛ لأنه لا ينتزع أحدهما ماله دون صاحبه .

قال محمد بن رشد[٤٣] : قول عيسى ليس بخلاف لقول ابن القاسم ، والفرق بين أن يأذن له في عتق عبده فيعتقه ، وبين أن يعتقه هو أو يحلف بعتقه فيحنث هو ؛ أنه إذا[٤٤] أذن له في عتقه فالعتق في حظه منه ، إنما هو من العبد والثواب له ؛ ألا ترى الولاء يكون له إذا لم يعلم الشريك بذلك ، أو علم

---

(٤٣) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٤٤) في الأصل (إنما) .

فلم[٤٥] يرده حتى عتق ؛ لأنه أذن له في عتقه في حال لا يجوز له فيه انتزاع ماله على الأصل الذي تقدم في رسم من سماع ابن القاسم ؛ وإذا أعتقه هو أو حنث بعتقه ، فالعتق منه لا من العبد ، والثواب له لا للعبد ؛ وفي رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ مسألة كان الشيوخ يحملونها على الخلاف لهذه ، وليست بخلاف لها ؛ لأنها مسألة أخرى ، تلك إنما الشركة فيها في العبد المعتق لا في العبد المعتق ، وهذه الشركة فيها في العبد المعتق ، فقف على الفرق بين المسألتين فانه بين ؛ ولو أعتق نصف عبده باذن أحد الشريكين ، فأجاز ذلك الشريك الآخر ؛ لتخرج ذلك على قولين ، أحدهما أنه يعتق جميعه عليهما ، والثاني أنه لا يعتق منه الا النصف الذي أعتق على الذي أعتقه ـ على اختلافهم في الدار بين الرجلين يبيع أحدهما[٤٦] نصفها على الاشاعة ، هل يقع البيع على نصف حظه ونصف حظ شريكه ، أو على النصف الذي له ؟ ولو أعتق نصفه باذنهما جميعاً ، لعتق جميعه ؛ كما لو أعتق عبد لرجل نصف عبده ؛ باذن سيده ، لعتق جميعه[٤٧] ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألت ابن القاسم عن الرجل يعتق عبد مدبره أو أم ولده عند الموت ، هل يجوز عتقه ؟ قال ابن القاسم إن كان له مال ، أخرج قيمته له من ثلث ماله ولم يرد عتقه ؛ وإن لم يكن له رد عتقه ؛ قلت ولم يجوز عتقه وإن كان له مال وهو في حال لا يجوز له أخذ مال واحد منهما ؟ قال لي أرأيت الرجل أيجوز له أن يأخذ مال ابنه الذي يلي في حياته أو عند موته ، أو يجوز له أن يعتق عبده إذا لم يكن له مال ؛ قلت لا ، قال فلو أن رجلاً أعتق عبد ابنه الذي يليه عند

---

(٤٥) في الأصل (ولم) .

(٤٦) في ص ق ٣ (احدهم) .

(٤٧) في الأصل (جميعاً) .

الموت ، أما كان يجوز عتقه اذا كان له مال ويعطي الابن قيمة العبد من الثلث ، قلت بلى ؛ قال فالمدبرة وأم الولد أقوى في أن يجوز العتق عليهما إذا كان له مال ، ويعطيان القيمة ؛ لأن المدبرة وأم الولد قد يجوز له يوماً ما أن يأخذ أموالهما ؛ وأما مال الولد ، فلا يجوز له أخذه أبداً الا على وجه الفرض له[٤٨] فيه بالمعروف إذا احتاج ؛ ولأن المدبر وأم الولد قد قال جل الناس وعامة أهل المشرق ومن مضى من فقهائهم : النخعي وغيره ـ أنهما لا يتبعهما أموالهما ، وإنما يعتقان بأبدانهما ، فهو في مال المدبر ، وأم الولد ، أجوز منه في مال ابنه ؛ قال عيسى وقال أشهب يرد عتقه فيما أعتق من رقيقهما ، وإن كان له مال .

قال محمد بن رشد : لسحنون في كتاب ابنه مثل قول أشهب أنه لا يجوز عتقه عند موته لعبيدهما ، قال وكذلك إن أوصى بعتقهم ، لأنه لا ينتزع حينئذ أموالهم ، فإن قيل يعطون[٤٩] أثمانهم من ثلثه ، قيل هذا غلط ، لأن الميت لم يرد هذا ؛ وقول أشهب وسحنون هو القياس على المذهب ، وقول ابن القاسم استحسان مراعاة للاختلاف ـ حسبما ذكره ، وبالله التوفيق .

ـ ومن كتاب العرية ـ[٥٠]

وسألته عن الرجل يعتق العبد ـ وعليه دين إن بيع العبد كله ـ كان فيه أكثر من دينهم ، وان بيع بعضه لم يكن فيه قضاء الدين إلا أن يباع كله ، لأنه إذا دخله شعبة من حرية ، نقص ذلك من ثمنه ؛

(٤٨) كلمة (له) ساقطة في الأصل .
(٤٩) ثبت في سائر النسخ (يعطو) والصواب ما اثبته .
(٥٠) في ت (العارية) .

قال إذا لم يكن فيما بيع منه قضاء الدين ، وليس يكون فيه قضاء الدين الا أن يباع كله ، بيع كله وجعل ما بقي بعد الدين في حرية ، وذلك رأيي أن يجعل ما بقي منه في حرية ؛ وقد سمعت عن مالك أنه ليس عليه ذلك أن يجعله في رقبة بواجب ، ولكن أستحب ذلك وأستحسنه . وسئل عنها سحنون فقال قولي في هذه المسألة كقولي في رجل دبر عبده في مرضه ثم مات وعليه دين ولا مال له غيره ، والذي عليه من الدين أقل من قيمته ، يكون ربعه أو ثلثه ؛ فإن بيع ذلك الجزء منه لم يبع إلا بأقل من قيمته ، فالذي آخذ به فيها ـ وهو الحق إن شاء اللّه ـ أن ينظر إلى ما على الميت من الدين ، فان كان عشرة أو عشرين ، والعبد قيمته مائة دينار إذا بيع كله ، فإنه يوقف العبد ويقال من يشتري من هذا العبد بما على صاحبه من الدين ـ وهو دينار أو عشرة ، أو ما كان من الدين ؛ فإنه الآن يقول من يريد أن يشتري أنا آخذ ربعه بعشرة ، ويقول آخر أنا آخذ خمسه بعشرة ، ويقول آخر أنا آخذ سدسه بعشرة فإذا وقف على شيء لا ينقص منه ، بيع منه حينئذ ؛ هكذا يكون أرفع لثمنه ، وأزيد لقيمة ما بيع منه ، وأعدل من أن يقال من يشتري ربع هذا العبد ، أو خمسه أو جزءاً منه ؛ لان ذلك يكون أكثر لثمنه بجزء هذا ـ على ما قلت لك ، فإنه قول كثير من أصحاب مالك .

قال محمد بن رشد : قول سحنون هذا هو قول ابن القاسم بعينه ، وإنما قلب السوم ؛ فابن القاسم يقول إذا كان عليه عشرة دنانير ديناً ؛ من يشتري ربع هذا الغلام بعشرة ، فإن لم يجد مشترياً ، قال من يشتري ثلثه بعشرة ، ثم يزيد في الجزء حتى يجد مشترياً ، وسحنون يقول كم تشتروا[٥١]

---

(٥١) هكذا ثبت في سائر النسخ (تشتروا) ، ولعل الصواب (تشترون) بثبوت النون .

من هذا الغلام بعشرة دنانير ؟ فيقول مشتر ثلثه ، وآخر ربعه ، وآخر خمسه ، حتى يقف على حد مسمى لا يجد من ينقص منه ، فكلا القولين واحد في المعنى ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن الأمة تكون بين الرجلين ولها ولد هو بينهما أيضاً ، فيعتق أحدهما نصيبه من الجارية ويستلحق الآخر الولد ويدعي انه ولده ؛ قال يلحق به الولد ويكون عليه نصف قيمته لصاحبه ، ويعتق نصيبه في الأمة .

قال محمد بن رشد : في كتاب ابن حبيب إنه لا قيمة عليه في الولد ولا في الأمة ، لان إقراره بالولد لو علم منه قبل العتق ، لم يكن عليه في الولد قيمة ، وإنما كانت تكون عليه نصف قيمة الأمة ؛ فلما لم يعلم ذلك منه إلا بعد العتق سقطت عنه القيمة في الأمة ؛ وهو أظهر من قول ابن القاسم ، لان استلحاق الولد يرفع عنه التهمة ، فوجب أن يكون استلحاقه للولد بمنزلة أن لو أقر أنه وطئها فجاءت بولد لا يلزمه إلا نصف قيمة الأمة ؛ ووجه قول ابن القاسم ، أنه لم ير استلحاقه له يرفع التهمة عنه فيما يلزمه من نصف قيمته لو أعتقه ؛ فعلى قياس قوله لو استلحق الولد قبل العتق ، لوجب أن يكون عليه الأكثر من نصف قيمة الأمة، أو[٥٢] نصف قيمة الولد ؛ فلا يلزم ابن القاسم على هذا التعليل ما ألزمه ابن حبيب من قوله ، لان إقراره بأن الولد له لو علم قبل العتق لم يكن عليه في الولد قيمة[٥٣] ، وإنما كانت تكون عليه نصف قيمة الأمة ، إذ لا يوافقه على أصله في أن استلحاقه للولد يرفع التهمة عنه ؛ وسيأتي في رسم إن خرجت بعد هذا عكس هذه المسألة ـ إذا وطىء أحدهما

---

(٥٢) في ت (او من نصف) ـ بزيادة (من) .

(٥٣) في الأصل (قيمته) .

الجارية فولدت ، فقال الآخر قد كنت اعتقتها قبل ذلك ، ونتكلم عليها إذا وصلنا إليها إن شاء اللّه ، وباللّه التوفيق .

مســألة

وسألته عن الرجل يعتق نصف عبده ـ والعبد خالص له ، فيجهل أمره فلا يستتم عتقه عليه(٥٤) ؛ ثم يقول له بعد ذلك أعطني كذا وكذا واتم لك عتقك ففعل العبد ؛ ثم يعلم العبد بأنه لم يكن عليه غرم شيء ، وان استتمام عتقه كان على سيده واجباً ، وقد أفلس السيد ـ وقام عليه غرماؤه ، أو مات وهو مليء أو معدم ؛ قال أرى أن يرجع عليه بما دفع اليه إن مات فيما ترك ، وان فلس دخل مع الغرماء ؛ وان كان مليئاً غرم له ذلك نقداً وان كان عديماً ، اتبعه به ديناً .

قال محمد بن رشد : هذا أصل قد اختلف فيه من دفع ما لا يجب عليه دفعه جاهلاً ، ثم أراد الرجوع فيه ؛ من ذلك الذي يثيب على الصدقة ثم يريد الرجوع في الثواب ويدعي الجهل ؛ ولها(٥٥) نظائر كثيرة ؛ في المدونة والعتبية ، قد تكلمنا عليها في غير ما موضع، وأشبعنا القول فيه في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات ، وقلنا هناك انها مسألة يتحصل فيها ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له أن يرجع فيما أنفذ بحال وان علم أنه جهل ، إذ لا عذر له في الجهل . والثاني أن له أن يرجع في ذلك إن ادعى الجهل وكان يشبه ما ادعاه مع يمينه على ذلك ، وقيل بغير يمين . والثالث انه ليس له ان يرجع في ذلك ، إلا أن يعلم أنه جهل ، بدليل يقيمه على ذلك ، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الصدقات والهبات ، وباللّه التوفيق .

---

(٥٤) في ت (عليه عتقه) ـ ففيها تقديم وتأخير .

(٥٥) في ت (وله) .

مسـألة

وسئل عن الرجل يحلف بعتق غلامه في دين عليه أن يقضيه إلى شهر فلم يقضه ، فأعتق السلطان عليه ؛ أيتبعه ماله أم لا ؟ وعمن مثل بعبده ، هل يتبعه ماله أم لا ؟ قال ابن القاسم : قال مالك كلاهما يعتق بماله ، ورواها أشهب في كتاب العتق أيضاً عن مالك .

قال محمد بن رشد : العبد يملك على مذهب مالك ، فماله له ـ ما لم ينتزعه منه سيده ، أو يبعه ؛ لأن بيعه إياه انتزاع منه لماله بالسنة الثابتة في ذلك عن النبي عليه الصلاة والسلام من قوله من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[٥٦] . فإذا أعتقه ولم يستثن ماله ، تبعه على ما مضى من السنة في ذلك ؛ إذ ليس له أن ينتزعه منه وهو حر بعد أن أعتقه ، وكذلك إذا[٥٧] حنث فيه بالعتق يتبعه ماله ، كما قال في الرواية ؛ إذ ليس له أن ينتزعه منه بعد أن حنث فيه بالعتق ، فصار حراً ـ وإن كان ذلك قبل أن يعتقه عليه السلطان ، لأن أحكامه أحكام حر من يوم الحنث ، لا من يوم الحكم ؛ وكذلك الذي يمثل بعبده فيعتقه عليه السلطان يتبعه ماله ـ كما قال في الرواية ؛ إذ ليس له ان ينتزعه منه ـ وهو حر بعتق السلطان عليه إياه بالمثلة ؛ ولو انتزعه بعد أن مثل به قبل أن يعتقه عليه السلطان ، لجاز له انتزاعه منه ؛ إذ ليس هو حراً[٥٨] بنفسِ المثلة ، وأحكامه أحكام عبد حتى يعتق عليه ، إلا أن ينتزعه منه بعد أن أشرف السلطان على الحكم عليه بالعتق ، فلا يكون ذلك له ؛ قاله اصبغ فيما حكاه عنه ابن حبيب ، وبالله التوفيق .

---

(٥٦) مر تخريج الحديث في كتاب العتق الأول قبل هذا .

(٥٧) في ت (ان) .

(٥٨) ثبت في سائر النسخ (حر) بالرفع ، والصواب ما اثبته : (حراً) ـ بالنصب خبر ليس .

مسـألة

قال عيسى سئل ابن القاسم عن العبد يكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً ، فيعتق بإذن الذي له فيه الرق أو بغير إذنه ؛ فقال إذا أعتقه بغير إذنه ، فإنه يرد عتقه إن شاء ؛ وأما إن أعتق بإذنه فولاء ما اعتق بينه وبين الذي اعتق النصف ، فيكون[٥٩] ولاء ما اعتق هذا العبد الذي نصفه حر بين الذي له فيه الرق ، وبين الذي اعتق النصف ، ما كان الذي نصفه حر فيه الرق ؛ وإن مات على ذلك وفيه الرق ، فهو بينهما أيضاً ؛ فإن اعتق العبد الذي نصفه حر يوماً مّا، رجع إليه ولاء ما اعتق ؛ لأنه مما لا يجوز للذي فيه الرق انتزاع ماله ، فكل من لا يجوز لسيده انتزاع ماله ، فما اعتق بإذنه فولاؤه يرجع إليه إذا اعتق ؛ وقد قال في سماع يحيىٰ من كتاب الصلاة إن ميراث ما اعتق هذا العبد الذي نصفه حر بإذن الذي له[٦٠] فيه الرق ، للذي تمسك بالرق خالصاً ، وهو احق بميراث مواليه من الشريك المعتق الأول .

قال محمد بن رشد : رواية يحيى اصح في النظر ، لأنه لما لم يصح أن يرث هذا العبد المعتق سيده الذي اعتقه ، من أجل أن بعضه عبد ؛ وجب أن يكون ميراثه لمن يرث سيده الذي أعتقه وهو الذي له بعض رقبته لأن العبد إذا كان بعضه حراً وبعضه رقيقاً ، فميراثه للذي له فيه الرق ؛ فكما يرثه بالرق الذي له فيه دون الذي اعتق بعضه ، فكذلك يرث مولاه بالرق الذي له[٦١] فيه دون الذي أعتق بعضه ؛ ووجه رواية عيسى انه لما كان الرجل يرث معتق عبده ، وجب إذا كان له بعض عبدٍ ألَّا يرث من معتقه الا بقدر ما له من

---

(٥٩) في ت (يكون) .

(٦٠) كلمة (له) ساقطة في الأصل .

(٦١) في الأصل (عليه) .

رقبته ؛ ولما كان الباقي من ميراثه لا يصح أن يرثه الذي اعتقه من أجل ما فيه من الرق ، جعله للذي اعتق بقيته وليس ذلك ببين ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال عيسى وسئل عن عبد قال لعبده يوم أعتق فأنت حر ، فاعتق العبد في ملكه ؟ قال يعتق عليه . قيل له فإن قال اخدمني عشر سنين ـ وانت حر ـ فعتق ؛ هل يلزمه ما جعل له ؟ قال نعم (يلزمه)[٦٢] قلت فلمن يكون ولاؤهما ، وإنما عتقا بما عَقد لهما في ملك سيده ؛ قال ولاؤهما له ، وإنما هما بمنزلة ما أعتق ، فلم يعلم به سيدهما حتى أعتقه ، ولم يستثن ماله ـ فولاؤه له ؛ وإنما هذا إذا صنع ذلك بغير إذن سيده ، وأما إن كان ذلك بإذن سيده فولاؤهما لسيده ، وإن لم يعتقا الا بعد عتق العبد الذي جعل لهما ذلك ؛ قلت فإن كانت جارية ففعل ذلك بإذن سيده ؛ قال أما الجارية فإذا اذن له سيده ، فليس للعبد ولا لسيده أن يطأها ولا أن يبيعها لأنها معتقة إلى أجل ؛ وأما الذي قال لجاريته يوم اعتق فأنت حرة ، فهذا يطأ ويبيع إن شاء ، قال ابن نافع الولاء في مثل جميع هذه للسيد .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسائل بين ، والأصل فيها ان من أعتق عبده وهو عبد ، أو فيه بقية من رق ـ فلم يعلم بذلك سيده حتى عتق ، فالولاء له ؛ وان علم فأجازه ، أو كان العتق بإذنه ؛ أفترى في ذلك من له أن ينتزع ماله ، ممن ليس له ذلك ؟ وقد مضى القول على هذا المعنى مجوّداً في رسم من سماع ابن القاسم ، والله الموفق .

---

(٦٢) جملة (يلزمه) ساقطة في الأصل .

مسـألة

قال عيسى بن دينار ثم سألت ابن القاسم عن الذي تحضره الوفاة وله ولدان فيدخل عليه أحدهما فيقول له أبوه اشهد أني قد اعتقت غلامي فلاناً، ثم يخرج فيدخل عليه الآخر فيسأله أن يوصي، فيقول له اشهد أن رأسا من رقيقي حر- ولم يترك إلا ثلاثة أرؤس[٦٣] ، ويكون ماله كثيراً أو لا يكون له مال غيرهم ، قال ابن القاسم لا أرى لواحد منهما شهادة يقطع بها ، ويؤمر للذي شهد على عبد بعينه ان يشتري بحصته منه رقبة ، إن باعه أشراكه ، وان أمسكوا فلا يستخدم حصته منه ؛ فإن صار له كله ، عتق عليه ، ويؤمر الذي شهد على رأس منهم في ثلث قيمة أولئك الأرؤس الثلاث مثل ذلك .

قال محمد بن رشد : قوله لا أرى لواحد منهما شهادة ، معناه انها لا تلفق ، لأنها مختلفة ؛ وإذا لم تلفق بطلت ، إذ لا يثبت العتق بشهادة واحد ؛ وقد قيل إنه يقرع بين العبيد بشهادة الذي شهد أنه اعتق رأساً من رقيقه ولم يعينه ، فإن خرجت القرعة على العبد الذي سماه الشاهد الآخر لفقت الشهادة ، لأنها قد اتفقت فيما يوجبه الحكم ؛ وقد مضى هذا في نوازل سحنون من كتاب الوصايا ، ومضى في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الشهادات ، تحصيل القول فيما تلفق فيه الشهادات مما لا تلفق فيه ؛ وقوله إذا بطلت الشهادة ، ان الشاهد يؤمر ان يشتري بحصته من العبد الذي شهد بعتقه رقبة يعتقها إن باعه أشراكه ، فإن[٦٤] لم يبيعوا وأمسكوا ، فلا يستخدم حصته

---

(٦٣) في الأصل (ورؤوس) .
(٦٤) في ت ق ٣ (وان) .

منه ؛ معناه اذا لم يجد من يشتري منه حصته منه على انفراد ، ولو وجد من يشتريها منه إذا لم يرد أشراكه البيع ، لاستحب[٦٥] له أيضاً ـ أن يبيعها ويجعل ذلك في عتق ، وكذلك قال في المدونة وغيرها . وقوله إنه إن صار له كله عتق عليه صحيح ؛ لأنه إنما منع أن تعتق عليه حصته منه من أجل الضرر الداخل في ذلك على اشراكه ؛ وعبد العزيز بن ابي سلمة لا يراعي هذا الضرر فرأى أن تعتق عليه حصته منه ، قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات؛ ومثله للمغيرة في نوازل سحنون منه؛ ويتخرج في المسألة قول ثالث وهو أن يعتق عليه حظه منه، ويقوم عليه حظ أشراكه؛ لأنه يتهم أن يكون أراد أن يعتق حظه ولا يقوم عليه حظ أشراكه ؛ وقد مضى بيان ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور ؛ فإن رجع عما شهد به بعد ان ملكه كله ، لم يعتق عليه عند اشهب ، وهو قول غيره في العتق الثاني من المدونة ؛ وما يلزم الذي شهد على عتق عبد بعينه من عتقه عليه إن ملكه كله ويؤمر به من ان يجعل ثمن حصته منه في عبد يعتقه ، يلزم مثله الذي شهد على رأس منهم بغير عينه في ثلث قيمة أولئك الأرؤس ، وذلك بأن يقوموا ، فإن كانت قيمتهم سواء ، أسهم بينهم على أيهم تخرج وصية الميت فالذي يخرج السهم عليه يؤمر أن يبيع حصته منه فيجعله في رقبة، وان ملكه كله عتق[٦٦] عليه ، وذلك ان حمله الثلث ؛ وإن لم يحمله الثلث ، فيكون هذا الحكم فيما حمله منه ، إلا أن تكون الشهادة عليه بالعتق في الصحة ، فلا ينظر في ذلك إلى الثلث ، وبالله التوفيق .

مسألة

وأما الذي قال إن دخلت هذه الدار فجاريتي حرة ، فولدت

---

(٦٥) في الأصل (المستحب) ـ وهو تحريف .

(٦٦) في ت (اعتق) .

قبل أن يدخلها ثم دخلها ولها ولد ، فإنها تعتق بولدها كذلك ؛ قال لي مالك عن الاستثقال للعتق .

قال محمد بن رشد : القياس ألّا يدخل والدها معها في العتق ، لأنه فيها على بر ولـه أن يطأ ويبيع ، إلا أن قول مالك قد اختلف في ذلك ، مرة كان يقول يعتق ولدها ، ومرة كان يقول تعتق بغير ولدها ؛ ولكن الذي ثبت عليه واستحسنه على كره أن تعتق هي وولدها على ما قاله في هذه الرواية ، وما تقدم في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ، وما يأتي في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى ، وفي رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ؛ وقد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم باع غلاماً المذكور من سماع ابن القاسم ، وفي رسم العريـة من سماع عيسى من كتاب الوصايا ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً يسأل عن امرأة بتلت عتق نصف جارية لها ، وهي صحيحة ، وكاتبت نصفها ولم تعلم بذلك حتى ماتت ؛ قال لا يعتق منها الا النصف التي أعتقت ، وتمضي على الكتابة بالنصف . وسئل عن الرجل دبر نصف عبده وكاتب نصفه ، فقال إن علم به قبل الموت كان مدبراً كله ، وإن لم يعلم به حتى مات ، عتق نصفه في ثلث الميت ، ومضى على الكتابة في نصفه ؛ قال ولو لم يعثر على ذلك إلا وهو مريض ، فإنهما يعتقان جميعاً في ثلث الميت ؛ فإن خرجا سقطت الكتابة ، وإن لم يخرجا عتق منهما ما أعتـق ، وكان ما بقي منهما على الكتابة .

قال محمد بن رشد : سقطت مسألة التدبير في بعض الروايات ،

ولا تصح المسألة الا بثبوتها ؛ لأن قوله قال ولو لم يعثر[٦٧] على ذلك الا وهو مريض إلى آخر المسألة ، إنما هو تمام مسألة التدبير ، ولا يصح ان تعاد إلى مسألة المرأة فتجعل من تمامها ، لاستحالة ذلك في اللفظ ، إذ هو بلفظ التذكير وخطابه في المعنى ، إذ لا يصح أن يكون في ثلثها ما اعتقه في صحتها ؛ وقد أصلح من الشيوخ من سقطت[٦٨] من كتابه مسألة التدبير المسألة بأن ردها على التأنيث فطرح قوله ، وهو مريض إلى آخر المسألة ، وجعل مكانه ، وهي مريضة ، فإنه يعتق جميعها في ثلث الميت إن حملها ـ وسقطت الكتابة ؛ وإن لم يحملها عتق منها ما عتق من مبلغ الثلث ، وكان ما بقي منها على الكتابة (وذلك)[٦٩] خطأ ؛ لأن الواجب إذا أعتقت[٧٠] نصف جارية لها ، وهي صحيحة فلم يعثر على ذلك حتى مرضت ؛ أن يكون ذلك بمنزلة إذا لم يعثر على ذلك حتى ماتت ، يعتق منها النصف الذي اعتقت ويمضي[٧١] على الكتابة في النصف ـ على القول بأن من أعتق نصف عبد له ـ وهو صحيح ، فلم يعثر على ذلك حتى مرض ، لا يعتق عليه باقيه في الثلث إلا[٧٢] بعد الموت ؛ وعلى القول بأن من اعتق نصف عبد له في صحته ، فلم يعثر على ذلك حتى مرض ، يعتق عليه باقيه في الثلث ؛ يعتق عليها النصف الذي أعتقت في صحتها ؛ فإن ماتت من مرضها والثلث يحمل النصف الذي كاتبت ، أعتق في ثلثها وسقطت عنه الكتابة ؛ وإن لم يحمل الثلث جميعه ، أعتق منه[٧٣] ما حمل ثلثها ، وسقط عنه[٧٤] من الكتابة بقدر ذلك ؛ وكان ما

(٦٧) في ص ق ٣ (يعتق) ـ والأنسب نسخة (ن) .

(٦٨) في الأصل (سقط) .

(٦٩) كلمة (وذلك) ـ ساقطة في الأصل .

(٧٠) في ص ق ٣ (عتق) .

(٧١) في ت (وتمضي) ـ بالتاء .

(٧٢) في الأصل (ولا) .

(٧٣) في ت (منها) .

(٧٤) في ت (عنها) .

بقي منه(٧٥) على الكتابة ؛ وقد قال بعض من ذهب إلى تصحيح هذا الإصلاح ، معنى ذلك أنها كانت ذات زوج ؛ ولذلك قال ان النصف الذي أعتقت في صحتها يكون في ثلثها ، وذلك أيضاً خطأ من التأويل ، لأنه إن كان ثلث مالها لا يحمله فأجازه الزوج ، وجب أن يجوز وتكون من رأس المال ؛ وإن لم يجزه ، وجب أن يبطل كله ، ولا يجوز منه قدر الثلث ؛ وهذا(٧٦) أمر متفق عليه في العتق ؛ وأما في غير العتق ، فقد قيل إن الزوج اذا لم يجزه جاز الثلث وبطل الزائد عليه، فساوى بين من أعتق بعض عبده، أو دبر بعضه بين التدبير والعتق في ألّا يلزمه عتق الباقي ولا تدبيره حتى يحكم عليه به ؛ فإن لم يحكم به عليه حتى مات لم يحكم به عليه بعد الموت ؛ لأن تتميم عتقه عليه ، إذا أعتق(٧٧) بعضه ليس فيه اثر ؛ وإنما قيس على ما جاءت به البينة من أنه من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه(٧٨) قيمة العدل ، فعتق(٧٩) الرجل بعض عبده مقيس(٨٠) على عتقه ـ شقصاً له في عبد وتدبير الرجل بعض عبده مقيس على عتق بعض عبده ، فإن عثر عليه في حياته كان مدبراً كله ، وإن لم يعثر عليه حتى مات ، لم يكن منه مدبراً إلا ما دبر ، وكذلك إذا دبر بعض عبده وكاتب بقيته ، فعثِر على ذلك قبل أن يموت ، تبطل الكتابة في نصفه ؛ إذ لا يجوز للرجل أن يكاتب نصف عبده ، ويكون مدبراً كله ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال من باع شقصاً له في عبد واستثنى ماله ، فسخ البيع .

---

(٧٥) في ت (منها) .

(٧٦) في ت (عنها) .

(٧٧) في الأصل (عتقت) .

(٧٨) مر تخريج هذا الحديث .

(٧٩) ثبت في سائر النسخ (فيعتق) ولعل الصواب ما أثبته (فعتق) .

(٨٠) في الأصل (مقيس) .

قال محمد بن رشد : دليل هذه الرواية أنه لو لم يستثن ماله ، لم يفسخ البيع إن سلم البائع المال للمشتري ، على قياس ما في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ، خلاف ما في رسم استأذن من سماع عيسى منه ، وخلاف ما في سماع أشهب أيضاً من كتاب الشركة ، وبالله التوفيق .

(ومن كتاب له أوصى بمكاتبه بوضع نجم من نجومه)[٨١]

وسألته عن الولد يشهد أن أباه أعتق عبداً سماه وشهد بذلك غير ولد ممن يرث الميت ، قال لا تجوز شهادة واحد في العتق ، ولا يعتق منه قليل ولا كثير ، لا ما ينوبه[٨٢] ولا غيره ، غير أنه إن ملكه يوماً ما أو ملك منه شيئاً عتق عليه جميع ما يملك ، فإن الذي ملك منه كله أو بعضه ، فإنه يعتق عليه ولا يحل له أن يسترق عبداً يزعم[٨٣] أنه حر ، قلت ولم لا يعتق منه مصابته فيه ـ وإن لم يملك منه شيئاً ؟ قال كذلك قال مالك لا يعتق منه شيء إلا أن يملكه ، قال ابن القاسم وما صار منه في حظه من دنانير ، أو دراهم ، أو غير ذلك من العروض (فإنه)[٨٤] لا يأكله ويؤمر أنْ يجعله في عتق رقبة إن كان يبلغ رقبة ، أو في شركة عبد يعتق إن لم يبلغ رقبة ، أو في قطاعة مكاتب يجعله في عتق ولا يأكله ، يؤمر بذلك وله أن يقضي عليه به ، فإن ملكه يوماً ما عتق عليه إن كان يحمله ثلث الميت يوم

(٨١) ما بين القوسين بياض في الأصل ، اثبته من ت ق ٣ .

(٨٢) في ت (بيديه) .

(٨٣) في ت (زعم) .

(٨٤) كلمة (فإنه) ساقطة في الأصل .

مات ، أو ما كان يحمل منه ، ليس عليه أن يعتق منه أكثر مما كان يحمل منه ثلث الميت يوم مات ـ إن كان إنما زعم أنه أعتقه في المرض ، ولو كان شهد أنه أعتقه في الصحة ، لم يجز له أن يملك منه شيئاً أبداً ؛ ومتى ما ملك منه شيئاً ، عتق عليه ، غير أنه ان كان إنما يزعم أنه أعتقه في المرض ، فإنه إن ملك منه شيئاً نظر ، فإن كان هو ثلث الميت بعينه ولم يكن معه من الوصايا شيء إلا وهو مبدأ عليه ، فإنه متى ما ملك منه شيئاً ، عتق عليه ـ إن ملكه كله عتق(٨٥) عليه كله ؛ وإن ملك بعضه عتق عليه ما ملك منه ؛ وإن كان معه من الوصايا من العتق أو غيره ما يكون غيره مبدأ عليه ، أو يكون هو وإياه في الثلث ، إسوة الغرماء ، فإنه إذا ملكه يوماً ما نظر إلى ما كان يعتق منه في ثلث الميت مع تلك الوصايا ـ لو ثبت عتقه يومئذ بشاهد آخر ، فأعتق منه إذا ملكه مبلغ ذلك إن كان يعتق جميعه مع تلك الوصايا عتق جميعه ، وإن كان نصفاً فنصفاً ، وإن كان ثلثا (فثلثا)(٨٦) يعتق منه مبلغ ما كان يعتق منه معهم لو ثبت عتقه بشاهدين ؛ وأما إذا لم يملكه وإنما صار له منه دنانير ، أو دراهم أو غير ذلك من العروض ، فإنه ينظر إلى ما صار إليه من قيمته ؛ فإن كان قدر ما يعتق منه في الثلث أو أدنى ، جعل جميع ذلك في عتق ؛ قال ابن القاسم إن كان كله وإن كان أكثر مما كان يعتق منه أخرج مقدار الذي كان يعتق منه ، فجعله في عتق واحتبس الفضلة ، فهكذا(٨٧) يصنع فيما يصير له من شهد في عتق عبد من جميع الورثة

---

(٨٥) في الأصل (او عتق) .

(٨٦) كلمة (فثلثا) ساقط في الأصل .

(٨٧) في الأصل (هكذا) .

ولداً كان أو غير ذلك ، امرأة كان أو رجلاً ، قاطع الشهادة كان أو غير قاطعها ـ إذا[٨٨] كان يملك ماله ، ويجوز فيه قضاؤه ويقبض ما ورث ولا يولى عليه ؛ فهذا الذي يجب عليهم أن يفعلوه من غير أن يقضى عليهم فيه ، فكم من ليس بقاطع الشهادة ولا يولى عليه في ماله لإصلاحه في ماله ، وحسن نظره ، وعسى أن يكون والدَ الميت ، أو أخاً ، أو غير ذلك ، فأولئك كلهم إذا شهدوا في عبد أن صاحبهم المالك أعتقه ، فعليهم أن يصنعوا فيما يصير لهم مثل ما ذكرت لك ؛ ولو شهد رجلان منهم ممن ليس بقاطع الشهادة ، إلا أنهما ليس يولى عليهما في أموالها ، فإن العبد لا يعتق بشهادتهما (ولكن كل من ردت شهادته)[٨٩] كان عليه أن يصنع فيما يصير له فيه مثل ما وصفت لك ، وكذلك أيضاً الرجلان العدلان من ولده يشهدان لعبد أن أباهما أعتقه ، فإنه إن كان العبد ممن لا يتحمل بولايته[٩٠] ولا يتهمان في جر ولاء مثله لدناءته ، فإن شهادتهما جائزة ويعتق بشهادتهما ، وإن كان ليس معهما غيرهما ممن يرث ولاء الميت إنما معهما بنات ونساء ومن لا يرث ولاء، فإن شهادتهما جائزة ولا يتهمان في جر ولاء العبد الدني ويعتق بشهادتهما؛ وإن شهدا في عبد[٩١] نبيل يرغب في ولائه ويتحمل بولايته ، أو في عبد دني إلا أن له أولاداً من امرأة حرة مثلهم يرغب في ولائهم ، فإنه إن كان كل من ورث الميت يرث الولاء ، جازت شهادتهما ، وإن كان معهما بنات أو أخوات أو من لا يرث ولاء ، لم تجز شهادتهما وردت ؛

---

(٨٨) في ت (ان) .

(٨٩) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(٩٠) في ت ق ٣ (بولاية) .

(٩١) في الأصل (غير) ـ وهو تحريف .

لأنهما يجران إلى أنفسهما، ويتهمان في جر الولاء ، ولا يعتق منه قليل ولا كثير ، لا من مصابتهما ولا غيره ويصنعان فيما يصير لهما منه من رقبته أو من ثمنه مثل ما وصفت لك في الشاهد الواحد، والشاهدين اللذين هما غير قاطعي الشهادة ، فكل من ردت شهادته عـدلاً كان أو غير عدل ـ إذا كان مالكاً لماله ، لا يولى عليه فيه ـ صنع فيما يصير له من العبد مثل ما وصفت لك قال ولو شهد رجل واحد من ورثته في عبد بعضه حر ، أن الميت أوصى بعتقه ، عتق من العبد نصيب الشاهد منه فقط ، ولم يعتق منه غيره ، لأنه لا يتهم ههنا ، ولم يدخل فساداً بشهادته إذا كان بعضه حراً . قلت أرأيت إن شهد رجل أو رجلان من ورثته في عتق عبد نصفه حر ، أن صاحبهم أعتق بقيته ، والعبد مما يتحمل بولايته[٩٢] ، ويرغب فيه ، ومعهم من الوراث[٩٣] من لا يرث ولاء ، أتجوز شهادتهم أم لا ؟ قال ابن القاسم لا تجوز شهادتهم إذا كان العبد يتهمون فيه على جر ولائه وكان معهم من الورثة من لا يرث ولاء وان كان بعضه حراً ، لأن جر قليل الولاء وكثيره سواء قال ابن القاسم لا يعتق من العبد إذا ملك شقصاً أحد ممن شهد له وردت شهادته أكثر مما ملك منه ، ولا يعتق عليه نصيب شريكه فيه بالقيمة ، وإنما يعتق منه الذي ملك ، فلا يعتق عليه غيره . وما ملكوا من العبد فعتق ، فإن ولاء ما عتق منه للميت ولمن ورث الميت ، قال ابن القاسم ولو كان الذي شهد ليس للميت وارث غيره ، جازت شهادته وعتق بشهادته وحده ـ العبد في ثلث الميت ، أو ما حمل الثلث منه ، كان جائز الشهادة ، أو غير

---

(٩٢) في ت ق ٣ (ولائه).

(٩٣) في ت ق ٣ (الأوراث) .

جائز الشهادة ـ إذا كان لا يولى عليه في ماله ؛ وكذلك أيضاً الشهيدان إذا لم يكن معهما وارث غيرهما جازت شهادتهما ، وأعتق العبد بشهادتهما في ثلث الميت ، كانا جائزي الشهادة ، أو غير جائزي الشهادة ـ إذا كان لا يولى عليهما في أموالهما ، قال وكل من ملك ممن ذكرت لك في هذ المسألة من الشهداء من رقبة العبد شيئاً ، فإنه يجبرُ على عتق ما ملك منه على حال ما وصفت لك ومن لم يملك منه شيئاً ، وإنما صار له في مصابته منه دراهم أو دنانير ، فإنه يؤمر أن يجعل ذلك في رقبة ، ولا يجبر على ذلك كما يجبر على عتق ما يملك منه ؛ قلت فالسفيه مولى عليه ، والصغير والبكر من النساء المولى عليهما يشهد أحدهم بهذه الشهادة في حال ولايته ثم ملك من ذلك العبد شيئاً ، هل يعتق عليه ؟ قال لا لأن مالكاً قال لي في السفيه يحلف بعتق بعض رقيقه في شيء ألّا يفعله فتحسن حاله ثم يفعل ـ وهو حسن الحال ؛ أترى أن يعتق عليه ؟ قال لا ، ولا أراه يخرج من المأثم ، ولا يقضى عليه بذلك ، لأن الأيمان يوم تقع .

قال محمد بن رشد : هذه المسائل كلها صحاح بينة ، مثل ما في المدونة وما فيها من الزيادة عليها مفسرة لما فيها ؛ ولما سأله عن الابن يشهد أن أباه أعتق عبداً له سماه ، لم لا يعتق عليه حظه منه ؟ قال له كذلك قال مالك ، فاكتفى بذلك منه دون أن يبين له العلة ؛ والعلة في ذلك هي الضرر الذي يدخل على سائر الوراث[٩٣م] بعتق بعض العبد ، لأن ذلك ينقص قيمته (إذا أعتق)[٩٤] ربعه قد لا تساوى ثلاثة أرباعه إلا نصف ثمن جميعه ، ولهذه

(٩٣م) في ت ق ٣ (الأوراث) .

(٩٤) جملة (اذا اعتق) ساقطة في الأصل .

العلة جاءت السنة فيمن أعتق شقصاً له في العبد ، أن يقوم العبد على أن جميعه مملوك ، فيعطي شركاؤه حصصهم منه ، ولا يقوم عليه نصيب شريكه منه على أن نصيبه حر ، ألا ترى أنه إذا شهد على موروثه بعتق عبد بعضه حر ، عتق عليه نصيبه منه على ما قاله في الرواية ، لارتفاع علة الضرر في ذلك ، فقوله في الذي شهد أن أباه أعتق عبداً سماه ، أنه إن ملكه يوماً ما[٩٥] أو ملك منه شيئاً ، أعتق عليه جميع ما يملك ، كان الذي يملك منه كله أو بعضه ـ صحيح ، لأنه إذا ملكه كله ، لم يكن على أحد ضرر في عتقه عليه وإذا ملك منه بعضه باشتراء أو هبة ، فوجب أن يعتق عليه ما اشترى[٩٦] ، لإقراره أنه حر ، وجب أن يعتق عليه ما ورثه منه أيضاً لارتفاع علة الضرر في ذلك بدخول العتق فيه بما اشتراه منه أو وهب له ؛ مثال ذلك أن يكون للرجل ثلاثة من الولد فيشهد أحدهم على أبيه أنه أعتق عبداً له سماه ، فلا يعتق عليه حظه منه ، فإن اشترى حظ أخيه الثاني عتق عليه ثلثا العبد ، الثلث الذي ورثه والثلث الذي اشتراه ، ولا يقوم عليه حظ أخيه الثالث على ما قاله في الرواية ، وقد قيل أنه يقوم عليه ، وهو الذي يأتي على قول أصبغ في نوازله من كتاب الشهادات في الرجلين يشتريان العبد من الرجل ثم يشهد أحدهما على البائع أنه كان قد أعتقه ، والاختلاف في تقويمه عليه جارٍ ـ عندي ـ على اختلافهم في ولاء ما أعتق عليه منه بإقراره أن غيره أعتقه ، هل يكون له أو للذي زعم أنه أعتقه ، فمن يرى أن الولاء يكون للمشهود عليه بالعتق ، لا يقوم عليه حظ الشريك ، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ومن يرى أن الولاء يكون للذي أعتق عليه ، وهو مذهب أشهب والمخزومي ، يرى أن يقوم عليه . وإلى هذا ذهب أصبغ ، والله أعلم ، وقد قيل ، إنه يعتق عليه ما ورثه منه ، قاله عبد العزيز بن أبي سلمة في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب

---

(٩٥) كلمة (ما) ساقطة في الأصل .

(٩٦) في ق ٣ (اشتراه) .

الشهادات ، والمغيرة في نوازل سحنون منه ، فهي ثلاثة أقوال في المسألة ، وكان القياس على مذهب ابن القاسم وروايته عنه إذا لم يعتق عليه حظه الذي ورثه منه للضرر الداخل في ذلك على إشراكه ، ألّا يعتق عليه ما اشتراه منه أيضاً للضرر الداخل في ذلك أيضاً[٩٧] على إشراكه ، إلا أن يشتري جميعه ، وقوله في السفيه المولى عليه ، والبكر من النساء المولى عليه ، والصغير ـ يشهد أحدهم بهذه الشهادة ثم يملك من ذلك[٩٨] العبد شيئاً في حال ملكه ـ لأمر نفسه ، أنه لا يعتق عليه ، فقد مضى القول عليه في رسم العتق من سماع أشهب ، وبالله التوفيق .

(مســـألة)[٩٩]

وسألته عن رجل حلف في جارية له بحريتها ، إن لم يبعها بعشرين ديناراً ـ إن وجد ، وإن لم يبعها بنقصان عشرة دينار من رأس ماله ـ ان وجد من يشتريها ، فعرض فلم يجد من يأخذها بوضيعة عشرة دنانير ، ولا من يشتريها بعشرين ديناراً ، قال لا يحال بينه وبين وطئها، ويعرضها أبداً ما عاش؛ فإن لم يجد من يأخذها بذلك حتى مات ، فلا حرية لها ، ولا حنث عليه ، وإن وطئها فحملت منه ، عتقت عليه ساعة حملت .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة يختلف منها في موضعين ، أحدهما هل له أن يطأ في حال العرض أم لا ؟ والثاني إن عرض فوجد الثمن الذي حلف عليه ، هل يحنث إن لم يبعها أو لا يحنث ؟ ويكف عن وطئها لأنه على حنث ، ولم يبعها حتى مات ، عتقت في ثلثه ، والاختلاف في هذا إنما

---

(٩٧) في الأصل (أيضاً في ذلك) .

(٩٨) في ت (هذا) .

(٩٩) كلمة (مسألة) ـ بياض في الأصل ، اثبتناها من ت ق ٣ .

هو إذا لم تكن له نية في التعجيل ولا في التأخير ، على أي الوجهين تحمل يمينه من ذلك ، وأما إذا عرض فلم يجد الثمن الذي حلف عليه ، فلا اختلاف في أن له أن يطأ ، فإن مات قبل أن يجد الثمن ، فلا شيء عليه ولا عتق لها ، ويلزمه أن حال السوق بزيادة ، أن يعود إلى العرض على القول بأن يمينه تحمل على التأخير إذا لم تكن له نية ، وهو مذهبه في هذه الرواية ، بدليل قوله فإن لم يجد من يأخذها (بذلك)[١٠٠] حتى مات ، فلا حرية لها ولا حنث عليه ، وإن وطئها فحملت منه عتقت عليه ساعة حملت ، إذ لو حمل يمينه على التعجيل ، لكان قد بر إذا عرضها في ذلك السوق فلم يجد بها الثمن الذي حلف عليه ، وقد مضى في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الإيلاء ما يبين ما قلناه في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن رجل باع من عبده نفسه بمائة دينار نقداً ومائة ثوب موصوف إلى أجل ، هل يكون الآن حراً ويكون ذلك ديناً عليه يتبع به ؟ قال ابن القاسم هو حر الآن ، كان للعبد مال أو لا مال له ؛ لأنه حين باعه نفسه ، قد علم أنه سيعتق بملكه نفسه ـ وهو بمنزلة رجل باع عبداً إلى سنة فأعتقه مشتريه ـ والبائع يعلمه ـ فلم يعثر على ذلك حتى حلت السنة فلم يجد ـ عنده شيئاً ، فأراد رده ، فليس ذلك له ، وهو القياس بعينه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن البيع ينقل الملك ، فإذا ملك العبد نفسه بالشراء عتق ووجب عليه ما التزم من الثمن إلى أجله ، فلا يدخل في هذه المسألة الاختلاف الحاصل بينهم فيمن قال لعبده أنت حر على

---

(١٠٠) لفظة (بذلك) ساقطة في الأصل .

أن عليك كذا وكذا نقداً أو إلى أجل كذا وكذا حسبما[١٠١] نذكره ـ إن شاء الله في رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب المكاتب ، وبالله التوفيق .

(مسـألة)[١٠٢]

وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول لعبده أنت حر قبل موتي بيوم أو يومين ، أو شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين ـ ما كان من الأجل ، قال ابن القاسم إن كان سيده مليئاً أسلم العبد إلى السيد[١٠٣] واختدمه حتى يموت ثم ينظر في موته والأجل ، فإذا كان الأجل في حين كان[١٠٤] يجوز للسيد فيه القضاء في ماله كله ، عتق العبد من رأس المال ، ونظر[١٠٥] إلى كراء خدمته بعد الأجل ، فأعطيه من رأس مال سيده ـ وإن كان حل الأجل في مرض السيد ، وفي[١٠٦] حين كان لا يجوز للسيد القضاء في ماله إلا في الثلث ، فإنه لا يعتق العبد إلا من الثلث ، ويرده الدين ولا كراء له في خدمته ، وإن كان السيد غير مليء خرج العبد ووقف خراجه ، فإذا مضت السنتان أو الأجل ـ ما كان حبس ذلك الخراج ، فكلما مضى شهر بعد السنتين ، أعطى خراج شهر من أول السنتين الماضيتين بقدر ما ينوب لكل شهر من الخراج ، فعلى هذا يكون العمل فيها ـ قرب الأجل أو بعد .

---

(١٠١) في ت (كما) .
(١٠٢) كلمة (مسألة) بياض في الأصل اثبتناها من ت ق ٣ .
(١٠٣) في ت (سيده) .
(١٠٤) في الأصل (كذا) .
(١٠٥) في ت (وينظر) .
(١٠٦) في الأصل (في) .

قال محمد بن رشد : اختلف في الرجل يعتق عبده إلى قبل موته بأجل (سماه)[١٠٧] على أربعة أقوال أحدها قول ابن القاسم هذا في هذه الرواية (أنه)[١٠٨] لا يعجل عليه عتقه بالشك ، ويترك في خدمته إن كان له مال حتى يموت ، فإذا مات نظر في الأجل الذي سمى ، فإن كان حل ـ والسيد مريض من مرضه الذي مات منه ـ عتق من ثلثه ، لأن موته كشف أن العتق وجب له في مرضه الذي مات فيه ، وإن كان حل ـ وهو صحيح ـ عتق من رأس ماله ، وأعطى من رأس ماله أيضاً قيمة خدمته ، فإن كان الأجل في التمثيل سنة استؤجر سنة ووقف خراجها ، فكل ما مضى شهر بعد السنة ، وقف خراج هذا الشهر ، وأعطى السيد خراج شهر من أول السنة ؛ هكذا أبدا ـ وتكون نفقته وكسوته من خراجه ، فإن[١٠٩] استؤجر في هذه المسألة على أن نفقته وكسوته على سيده ، أسقط من إجارته نفقته وكسوته ، ووقف الباقي وإن استؤجر على أن نفقته وكسوته على المستأجر ، وقفت الإجارة كلها ، وذلك يخرج إلى شيء واحد ؛ فإن مات العبد في حياة سيده أخذ السيد ما وقف له ، حكى ذلك ابن المواز عن ابن القاسم ؛ والذي يأتي على قياس قوله أن يبقى موقوفاً حتى يموت السيد فيعلم بموته هل وجب للعبد العتق قبل موته من رأس مال سيده أم لا ؟ فإن تبين أن العتق قد كان وجب له قبل أن يموت من رأس المال ، كان ما وقف لورثته ؛ وقال المدنيون على قياس هذه الرواية إنه من أراد أن يستخدم لعبده طول حياته ، ويكون حراً من رأس ماله بعد وفاته ، فيعتقه إلى قبل السبب الذي يكون منه وفاته من أجل يسميه وذلك لا يصح ، إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله ؛ والواجب إذا فعل ذلك أن يعجل عتقه باتفاق ، لأن العتق قد حصل له بيقين ، إما بقوله ، وإما بموته ؛ فلا يصح أن يمكن من اختدامه بشك ، إذ لا يدرى لعله حر من الآن . والقول الثاني أنه

---

(١٠٧) كلمة (سماه) ساقطة في الأصل .

(١٠٨) كلمة (انه) ساقطة في الأصل .

(١٠٩) في الأصل (انه) .

يعجل عتقه من الآن ولا ينتظر به موت سيده ، لاحتمال أن يكون لم يبق بينه وبين موته إلا مثل الأجل الذي سمي ، أو أقل ، فلا يسترقه بالشك ، وهو أحد قولي ابن القاسم . حكى محمد بن المواز أن قوله اختلف في ذلك . والقول الثالث أنه يكون كالمدبر يعتق بعد موته من الثلث ، لأنه عتق لا يكشفه إلا الموت ، وهو قول أشهب . والقول الرابع أنه لا يعتق من رأس المال ولا من الثلث ـ وهو قول أشهب أيضاً ، حكى البرقي عنه القولين جميعاً . ووجه هذا القول أنه لا يعتق عليه بالشك ، إذ لا يدرى هل وجب له العتق بعد ، أو لم يجب له إلى الأجل من رأس المال ، أو من الثلث ، وقد لا يكون له الثلث ، وهذا القول هو أضعف الأقوال في هذه المسألة . وقول ابن القاسم في هذه الرواية أظهرها وأبينها ، وأما إن قال الرجل لعبده : أنت حر قبل(١١٠) موتك بكذا وكذا ، فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم ، ولا عتق له على مذهب أشهب ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وسمعته يقول في رجل بايع رجلاً ، واستحلفه بعتق غلامه ليدفعن اليه حقه إلى أجل فحنث ، وليس له مال غيره ؛ فأراد هذا الذي استحلفه أن يرد عتقه ولا يجيزه ـ لمكان ماله عليه حتى يستوفي ماله ؛ قال ذلك له ولا أرى أن يجوز عتق أحد وعليه دين وان كان هو الذي استحلفه وان بعض الناس يقولون ليس له أن يرد عتقه ، ولكن هذا رأيي ؛ وقال عبد الله بن وهب ليس له أن يرد عتقه ، لأنه أذن له في عتقه حين استحلفه ، ولكن إن كان عليه دين لغيره فقاموا به لم

---

(١١٠) في الأصل (بعد) .

يجز له عتق[١١١] وضرب معهم المستحلف بحقه ؛ قلت فموضع يكون له فيه شيء ، وموضع لا يكون له فيه شيء ؟ قال كذلك يكون الاستحسان .

قال محمد بن رشد : قد تقدم القول على هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم ، وقول ابن وهب ؛ ولكن إن كان عليه دين لغيره فقاموا به ، لم يجز له عتق ، وضرب معهم المستحلف بحقه ؛ معناه إذا كان الذي لغيره يحيط[١١٢] برقبة العبد ، لأنه إذا أحاط برقبته ووجب رد عتقه بذلك ؛ كان البائع أحق بعبده ، وإن[١١٣] شاء تركه وحاص الغرماء ، فيضرب معهم فيه بحقه ؛ وأما إن كان الدين الذي عليه لغيره لا يحيط برقبة العبد ، فيباع منه بذلك ، ولا يدخل في ذلك البائع ، ويعتق الباقي من العبد ؛ هذا معنى قول ابن وهب ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في عبد بين رجلين أعتق أحدهما مصابته بتلا ، وأعتق الآخر مصابته إلى أجل ، أنه يقال للذي أعتق الى أجل : إما عجلت عتقه الساعة ، وإلا[١١٤] قوم على الأول : وكذلك لو أعتق أحدهما مصابته الى موت انسان سماه ، وأعتق الآخر مصابته الى موت آخر[١١٥] ؛ سماه أن العبد يخدمهما على حاله ، فإن مات فلان الذي سماه المعتق الأول أولاً ، أعتق نصيبه ، وقيل لشريكه أما أعتقت مصابتك الساعة ، وإلا قوم على الأول ؛ فإن مات فلان الذي سماه

(١١١) في ت (عتقه) .

(١١٢) في الأصل (محيط) .

(١١٣) في الأصل (ان) .

(١١٤) في الأصل (واما) .

(١١٥) في الأصل (احد) .

المعتق الآخر أولاً أعتق نصيبه فقط ولم يقوم عليه نصيب صاحبه ؛ لأنه لم يبتدىء له فساداً ، من قبل أن عبداً لو كان بين رجلين فيعتق أحدهما مصابته الى أجل قوم عليه كله ، فكان عتيقاً الى ذلك الأجل : وإن لم يكن له مال يقوم عليه فيه ، عتق عليه نصيبه الى الأجل الذي سماه ؛ فإن أعتق الذي له فيه الرق بعد ذلك نصيبه بتلا قبل الأجل الذي أعتق عليه(١١٦) الأول ، لم يقوم على الثاني ؛ لأنه ليس هو(١١٧) ابتدأ الفساد ، وإنما الأول(١١٨) هو الذي ابتدأ فساده ؛ فكذلك اذا مات فلان الذي أعتق الثاني مصابته بعد موته قبل موت الذي أعتق الأول مصابته بعد موته ، لم يعتق عليه الا مصابته ، ولم يقوم عليه ما بقي ؛ وموت فلان إنما هو أجل من الآجال ، مثل ما وصفنا ؛ قال ابن القاسم وإن ناساً ليقولون إذا أعتق الرجل شقصاً له في عبد الى أجل ، لم يقوم عليه حظ صاحبه حتى يحل الأجل ؛ ولست أقول أنا ذلك ، لأنه ليس بمنزلة المدبر ؛ لأن المدبر يتقاومانه فيفسخ التدبير ، وهذا لا يفسخ ؛ وإن الذي يدبر شقصاً له في عبد ، أن الذي له فيه الرق - إن رضي أن يدفعه إلى شريكه بالقيمة ، لزمه ذلك ولم يترك حتى يموت ، فهذا مثله .

ومن كتاب المكاتب والمدبر والبيوع من سماع أصبغ

قيل لابن القاسم فلو أعتق كل واحد منهما الى موت صاحبه ، فقلت أنا ليس هذا من هذا ، ثم سألته بعد ذلك عنها إذا قال كل

---

(١١٦) في ت (اليه) .

(١١٧) في الأصل (هذا) .

(١١٨) كلمة (الأول) ساقطة في الأصل .

واحد منهما لصاحبه نصيبي حر إلى موتك ، فقال لا أدري ما هذا ؟ فقلت لا تكون فيه قيمة ؟ قال لا أرى ذلك . قلت ويكون عليه ما جعلاه ؟ قال نعم ، ثم قال لي من الغد نظرت فيها البارحة ، قال أصبغ فلا أدري ما قال ، غير أني ظننت وهو قولي إنه يترك الى موتهما ، فان مات أحدهما قبل صاحبه ، عتق نصيب الحي مكانه ، وترك نصيب الميت إلى موت الحي ، ولم يقوم على الحي نصيب الميت ، لأنه ليس هو مبتدىء الفساد ، لم يزده الا خيراً ؛ وجعله بمنزلة ما لوانه أعتق الأول الى أجل ، ثم أعتق الثاني الى أجل دونه ؛ انه لا يقوم على الثاني عند أجله لأنه لم يزده الا خيراً حين كان أجله دون أجل المبتدىء ؛ قال أصبغ وهما من رأس المال .

قال محمد بن رشد : قوله في أول هذه المسألة في العبد بين الرجلين يعتق أحدهما نصيبه بتلا ثم يعتق الآخر نصيبه الى أجل ، أنه يقال للذي أعتق الى أجل : إما عجلت عتقه الساعة ، وإلا[119] قوم على الأول ؛ هو مثل قوله في المدونة وروايته عن مالك ، ورواية أشهب أيضاً ؛ والوجه في ذلك أن تقويم العبد بين[120] الشريكين على الذي أعتق نصيبه منه ، حق للشريك في افساد حظه منه عليه ، وحق للعبد في تبتيل عتق جميعه ؛ فإذا ترك السيد حقه في التقويم وأعتق حظه منه الى أجل كان من حق العبد أن يقوم على الأول فيبتل عتقه ، إلا أن يبتل الثاني عتق[121] نصيبه ، فلا يكون للعبد حجة ، ولبعض الرواة في المدونة ، وهو المخزومي ـ أنه يعجل العتق على الذي أعتقه الى أجل ، ولا يقوم على الأول ـ وهو اختيار سحنون ؛ ووجه قوله ، أنه لما أعتق نصيبه الى أجل ، فقد أفاته بالعتق ، ووجب له ولاؤه ؛

(١١٩) في الأصل (واما) .

(١٢٠) في الأصل (على) .

(١٢١) كلمة (عتق) ساقطة في الأصل .

فلم يجب أن يقوم على الأول لوجهين ؛ أحدهما أنه قد ترك حقه في التقويم عليه ، والثاني أنه قد فوت نصيبه بالعتق ووجب له ولاؤه ، فلا يصح أن يفسخ ذلك ؛ واذا لم يصح فسخه ، وجب أن يعجل عتقه لحق العبد في تعجيل عتقه ؛ وهذا القول أظهر والله أعلم .

وأما الشريكان في العبد الذي يعتق كل واحد منهما حظه فيه إلى موت انسان سماه ، فقوله في ذلك أنه إن مات الذي أسماه المعتق الأول أو لاعتق نصيبه ، وقيل لشريكه أما عتقت مصابتك الساعة وإلا قوم على الأول ؛ فهو صحيح على قياس قوله فيما[١٢٢] تقدم ؛ وفي المدونة في الذي يعتق حظه من العبد تبلاً ثم يعتق شريكه حظه منه إلى أجل؛ ويأتي في ذلك على قياس قول المخزومي أن يبقى نصيبه على حاله معتقاً الى موت الذي سماه ، ولا يعجل عليه عتقه ، إذ[١٢٣] لم يتعد فيما صنع ، ولا يقوم على الأول اذ قد ثبت فيه الولاء للثاني بعتقه الى موت الذي سماه وأما قوله إنه إن مات الذي سماه المعتق الآخر أولاً أعتق نصيبه قط ولا يقوم عليه نصيب صاحبه ، فهو صحيح ؛ لأنه بمنزلة العبد بين الرجلين يعتق أحدهما نصيبه منه الى أجل ، ثم يعتق الآخر نصيبه منه بتلا ؛ إنه يبقى على حاله نصفه حر ، ونصفه معتق الى أجل ، ولا يقوم على الذي بتل حظه منه ، لأنه لم يبتدىء فيه فساداً ، ولأن الولاء قد ثبت للأول ؛ وقد قال بعض أهل العلم واستحسنه ابن القاسم ، ثم رجع عنه في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الخدمة ـ أن خدمته تقوم على الذي بتل حظه منه ، لأن الخدمة رق فيعجل عتقه ؛ ووجه القول الذي رجع اليه ، ما ذكره في الرواية من أنه رآه ظلماً أن يؤخذ منه قيمة الخدمة ، ويكون ولاؤه لغيره ؛ ويأتي على قياس هذا القول الذي استحسنه ابن القاسم ثم رجع عنه في مسألتنا ـ إذا مات الذي سماه المعتق الآخر ـ أولاً ، أن يعتق نصيبه

---

(١٢٢) في الأصل (قياس ما تقدم) ـ بإسقاط (قوله في) .

(١٢٣) في الأصل (اذا) .

ويقوم عليه خدمة حظ الأول الى موت الذي سماه على غررها ، فيعجل عتق جميعه ؛ وأما الذي يعتق حظه من العبد الى أجل ، ففي ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها قوله في هذه الرواية ، وفي المدونة ، أنه يقوم عليه ويكون حراً إلى ذلك الأجل ، إلا أن يشاء أن يعتق نصيبه منه إلى ذلك الأجل على ما قاله في رسم جاع بعد هذا . والثاني أنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل ، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه على ما وقع في رسم جاع بعد هذا ؛ فإن خشي عليه العدم أخذت منه القيمة ووقفت حتى يحل الأجل على ما قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الخدمة ، والثالث أن الشريك مخير بين أن يقومه عليه الآن وبين أن يتماسك بحظه حتى يحل الأجل ، فيقومه عليه عند(١٢٤) حلوله ؛ فإن تماسك ، لم يكن له أن يبيعه قبل السنة إلا من شريكه ، وهو قول عبد الملك ؛ واختلف إن أراد أن يقومه عليه فألفاه عديماً ، هل له أن يقومه عليه عند الأجل إن أيسر أم لا ؟ فقال ابن الماجشون ذلك له ، وقال المغيرة وسحنون أن عدمه اليوم قاطع للتقويم عليه بعد ذلك : إن أيسر ؛ وقول أصبغ فيما سئل عنه ابن القاسم في رسم المكاتب من سماعه في العبد بين الرجلين يعتق كل واحد نصيبه الى موت صاحبه ، ليس هذا من هذا ؛ يريد ليست هذه المسألة مما تشبه المسألة التي تقدمت في الذي(١٢٥) اعتق كل واحد منهما حظه من العبد الذي بينهما الى موت رجل سماه ، معناه ـ عندي ـ أنها ليست تشبهها ـ إذا قالا ذلك معاً ، أو تقدم أحدهما صاحبه بالقول ـ ولم يعلم الأول منهما ؛ وأما إذا تقدم أحدهما صاحبه بالقول وعرف الأول منهما فهي تشبهها ؛ والجواب فيها على ما تقدم في الأولى : أن ينظر الى الذي ابتدأ بالعتق الى موت صاحبه ، فإن مات صاحبه قبله ، عتق عليه نصيبه ، وقوم عليه نصيب الميت ، إلا أن يشاء ورثته أن يعتقوه فذلك لهم ، وإن مات قبل

---

(١٢٤) في الأصل (بعد) .

(١٢٥) جملة (تقدمت في الذي) ساقطة في الأصل .

عتق نصيب صاحبه بموته وبقي نصيبه ، يخدم ورثته حتى يموت الآخر فيعتق من رأس المال ، ولا يقوم نصيب المعتق أولاً على الثاني ؛ لأن الثاني لم يبتدىء عتقه ، إنما ابتداه الأول وهو الذي يقوم عليه نصيب صاحبه - إذا مات ؛ إلا أن يبت الورثة عتقه ، فذلك لهم ؛ وإذا لم يتقدم أحدهما صاحبه بالقول ، أو تقدمه به ولم يعلم الأول منهما ؛ فالذي نص عليه ابن القاسم في هذه الرواية هنا وقاله أصبغ أيضاً تأويلاً عليه وأخذ به؛ وهو قول ابن القاسم أيضاً في سماع أبي زيد ، أنه لا تقويم في ذلك على الذي عتق عليه نصيبه بموت صاحبه قبله ، فيعتق نصيب الحي منهما بموت الميت ونصيب الميت على الورثة بموت الحي من رؤوس أموالهما ، ويرد عتق نصيب واحد منهما الدين المستحدث ؛ ولا تقويم في ذلك على واحد منهما إذا أعتق نصيبه بموت صاحبه ، إذ لا يدري هل[126] هو الذي ابتدأ الفساد أم صاحبه ؟ وقول أصبغ وجعله بمنزلة ما لو أنه أعتق الأول إلى أجل ، ثم أعتق الثاني الى أجل دونه ، أنه لا يقوم على الثاني ؛ معناه أنه إذا لم يدر أيهما الأول أو كان ذلك من قولهما معاً ، كان ذلك بمنزلة اذا أعتق الأول الى أجل ، ثم الثاني الى أجل دونه في أنه لا تقويم في ذلك على من أعتق حظه أولاً بموت صاحبه قبله ، وسيأتي في رسم العتق بعد هذا إذا أعتق أحد الشريكين حظه من العبد الى أجل ، ودبر الآخر حظه منه فنتكلم عليها - إن شاء الله .

مسألة[127]

وقال ابن القاسم في عبدٍ بَيْنَ ثلاثة نفر بميراث أو بشراء ، فقال أحدهم نصيبي حر ، فلم يوجد له مال يقوم عليه فيه فيعتق مِنْهُ نصيبه ؛ ثم قال الآخر نصيبي ونصيب صاحبي حر - إن رضي ؛ فقال

---

(١٢٦) في ت (أهو) .

(١٢٧) كلمة (مسألة) بياض في الأصل ، اثبتناها من ت ق ٣ .

صاحبه قد رضيت - وقد أمضيته له ، فقال المعتق المشتري قد رضيت أيضاً ، ثم قال قد بدا لي ، أو قال لا أرضى ؛ إنه لا يلزمه من ذلك شيء ، إلا أن يقول نصيبي ونصيب صاحبي لي بخمسين ديناراً ، وهو حر - إن رضي ، فقال صاحبه قد رضيت ؛ فذلك لازم للمشتري - رضي المشتري أو لم يرض إذا كان صاحبه قد رضي ، وكان قد سمى له ثمناً ، وإنما ذلك بمنزلة ما لو قال غلام(١٢٨) فلان حر من مالي - إن رضي ، فقال فلان قد رضيت ، وقلت أنا لا أرضى أو قلت قد رضيت ، ثم بدا لي أنه لا يلزمني من ذلك شيء ؛ إلا أن يقول غلام فلان علي بخمسين ديناراً إن رضي وهو حر ، فقال فلان قد رضيت ، فقلت قد بدا لي ، إن ذلك لازم له ؛ وإنما هو بمنزلة من قال غلام فلان لي بخمسين ديناراً - ان رضي ، وليس فيه حرية ، ورضي بذلك سيد العبد ، فذلك يلزمه ؛ فلما لزمه البيع ، لزمه فيه العتق ، قال عيسى أما الذي أعتق الشريك الثاني نصيبه ونصيب صاحبه الثالث ، فأرى أن يقوم عليه ويعتق عليه سمى له ثمناً أو لم يسم له ؛ لأن بعض أهل العلم قد رأى أن يقوم على الثاني - ولم يعتقه ، فكذلك إذا أعتق نصيبه ونصيب صاحبه ، فذلك الذي لا شك فيه .

قال محمد بن رشد : إنما رأى عيسى بن دينار أن يقوم عليه اذا أعتقه وإن لم يسم له ثمناً ، مراعاة لقول من رأى من أهل العلم وهو ابن نافع من أصحاب مالك . أن يقوم عليه وأن لم يعتقه ؛ فلو قال رجل في عبد بينه وبين رجل : نصيب شريكي من هذا العبد حر من مالي ، لم يلزمه ذلك على مذهبه - وإن قال شريكه أنا أرضى - أن آخذ منه قيمته فيه ، إذ ليس في هذا

---

(١٢٨) في الأصل (غلامي) وهو تحريف ظاهر .

الموضع اختلاف يراعى فيتحصل على هذا فيمن أعتق عبد غيره فرضي صاحبه أن يأخذ منه فيه قيمته - أربعة أقوال ، أحدها أن ذلك يلزمه وإن كان قال هو حر من مالي ، الا أن يقول[١٢٩] هو حر في مالي بكذا وكذا فرضي صاحبه أن يمضيه له بذلك الثمن الذي سمى فيه ، والرابع[١٣٠] الفرق بين أن يكون قال ذلك في عبد لا يجب عتقه عليه باتفاق ، أو في عبد يجب أن يعتق عليه في قول قائل ، وقد مضى في أول رسم من سماع عيسى بيان هذا الاختلاف ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال عيسى قال ابن القاسم قال مالك من أعتق ثلث عبده وهو صحيح - فلم يعلم به حتى مات ، لم يعتق إلا ذلك الثلث ؛ ولو علم به وهو مريض، عتق ما بقي من الثلث؛ قال عيسى وهو مخالف للذي يعتق ثلث عبده في مرضه بتلا ، ذلك يعتق عليه كله في ثلثه وإن لم يعلم بما صنع من عتق ثلثه إلا بعد موته .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم العتق من سماع أشهب ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله بع ولا نقصان عليك

وسألته[١٣١] عن رجل قال أحد غلامي حر، فينظر فيهما فإذا أحدهما مدبر ؛ قال يقومان وتعرف قيمتهما ثم يسهم بينهما ، فإن

---

(١٢٩) جملة (هو حر من مالي ، الا ان يقول) ساقطة في الأصل.

(١٣٠) كذا في سائر النسخ (والرابع) بدون ذكر القولين : الثاني والثالث ، ومر نظيره آنفاً .

(١٣١) جملة (وسألته) بياض في الأصل ، أثبتناها من ت ق ٣ .

خرج سهم المدبر وكانت قيمته أدنى من نصف قيمتها - جميعاً ، عتق[١٣٢] في المملوك بقية النصف مع قيمتهما؛ وإن أحاط المدبر بنصف قيمة جميعهما ، فلا عتق للذي ليس فيه تدبير ، وان خرج سهم الذي ليس فيه تدبير ، وهو نضف قيمتهما ، بدىء بالمدبر فيعتق ، ثم يعتق هذا ان حمله الثلث أو ما حمل منه .

قال محمد بن رشد : قوله فإن خرج سهم الذي ليس فيه تدبير - وهو نصف قيمتهما بدىء بالمدبر فيعتق ، ثم يعتق هذا - إن حمله الثلث ، أو ما حمل منه ؛ معناه إن حمله الثلث مع المُدبر ، وإن لم يحمل الثلث المدبر ووقع عليه السهم ، عتق منه ما حمل الثلث ؛ وكذلك إذا وقع السهم على الآخر ولم يحمل الثلث الا أقل من المدبر ، لم يعتق الا ما حمل الثلث من المدبر ، فالمدبر يبدأ ولا يعتق الذي ليس بمدبر كله الا إذا وقع السهم عليه - وهو نصف قيمتهما - والثلث يحملهما ، فيخرج عتق المدبر بالتدبير ، ويخرج عتق الآخر بالوصية ؛ لأن معنى المسألة أنه قال ذلك في مرضه الذي مات منه ؛ ولو كانت قيمة العبد أكثر من نصف قيمتهما وخرج سهمه ، بدىء بالمدبر ولم يعتق من العبد الا مقدار نصف قيمتهما - وإن كان الثلث واسعاً ، وسيأتي في سماع عبد الملك بن الحسن اذا قال اقرعوا بين فلان وفلان - يريد المدبر وآخر من عبيده ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال في رجل أبق غلامه فطلبه فلم يجده ، فأوصى إليه إني عند النخاسين ، فإن كان لك حاجة ببيعي فهلم فبعني ، وأتى سيده فوجده ، فقيل له بعه ، فقال هو حر - إن بعته هذه الثلاثة الأيام ؛ ثم

---

(١٣٢) في ت (اعتق) .

أعطاه رجل به عطاء ، فقال هو لك بعد[١٣٣] ثلاثة أيام ، قال هو حانث ، والغلام حر .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنه إذا أوجب له فيه البيع (بعد ثلاثة أيام ، فقد باعه ، وهو بيع جائز لا بأس به ـ على ما قاله في رسم للمدبر والعتق من سماع أصبغ بعد هذا ، فوجب أن يحنث بهذا العقد ـ وان كان لا ينتقل الملك به إلى المبتاع الا بعد الثلاثة الأيام ؛ لأنه يحنث فيما لا شيء به ـ لو حلف أن يبيعه اليوم ، لما بر بهذا البيع ـ وإن)[١٣٤] كان يحنث بعقد البيع الفاسد على ما قاله بعد هذا ؛ وإن كان الملك لا ينتقل به إلا أن يفوت ؛ وقد قيل إنه لا ينتقل به ـ وإن فات ، فأحرى أن يحنث بهذا البيع الذي هو صحيح ينتقل به الملك على كل حال وإن كان لا ينتقل به إلا بعد الأجل ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال ابن القاسم كل من قال لعبده أنت حر ـ إن بعتك فباعه بيعاً حراماً ـ : فهو[١٣٥] حر .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ، ومثل ما حكى ابن حبيب في الواضحة ؛ ويلزم ألا يحنث على قياس القول بأن البيع الفاسد لا ينتقل به الملك ، ومصيبته من البائع ـ وإن تلف عند ـ المبتع ؛ وهو قول ابن القاسم في[١٣٦] سماع[١٣٧] أبي زيد من كتاب

---

(١٣٣) في الأصل (عند) ـ وهو تحريف .

(١٣٤) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطرين ونصف ـ ساقط في الأصل .

(١٣٥) في ت ق ٣ (قال هو) .

(١٣٦) في الأصل (من) .

(١٣٧) في ت (رسم) .

جامع البيوع في بعض الروايات ؛ ولو حلف أن يبيعه لما بر[١٣٨] بالبيع الفاسد إلا أن يفوت عند المبتاع قبلَ الأجل إن كانت يمينه إلى أجل ، لانه يحنث بما لا يبر به وعلى القول بأن الملك لا ينتقل بالبيع الفاسد ، لا يبر به على حال ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسألت ابن القاسم عن الذي يقول جاريتي حرة - إن لم اسافر سفراً ، أو إن لم أضربها أو إن لم أضرب عبدي أو إن لم أنحر بعيري ؛ قال ابن القاسم أنظر ابداً كل شيء حلف إن لم يفعله - ولم يضرب أجلاً ، فإنه لا يطأ جاريته ولا بناتها - إن حدث لها بنات بعد اليمين حتى يفعله ؛ ولا يبيعهم ولا يهبهم ولا يتصدق بهم - حتى يفعله ؛ وإن ضرب أجلاً ، خير بين البنات والأم في الوطء إلى الأجل ، وليس له أن يبيع واحدة منهن ، ولا يتصدق بها ، ولا يهب - حتى الأجل ، فإن بر ، وإلا كانت هي وولدها أحراراً ؛ وإذا حلف على شيء ألّا يفعله ، فإنه يطأ ، ويبيع ، ويتصدق ؛ فإن حنث فيما حلف عليه ألا يفعله فكانت عنده الجارية التي حلف عليها ، عتقت عليه ، وما كان لها من ولد بعد اليمين فقد اختلف قول مالك فيها : مرة كان يقول تعتق بولدها ، ومرة كان يقول تعتق بغير ولدها ؛ ولكن الذي ثبت عليه (من ذلك)[١٣٩] واستحسن على كره أن تعتق هي وولدها ؛ قال ابن القاسم وعلى ذلك رأيي ، ولست أعيب قول من قال لا تعتق إلا هي وحدها .

---

(١٣٨) في الأصل (لا يبر) .

(١٣٩) جملة (من ذلك) ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : أما الذي حلف بحرية[١٤٠] جاريته أن يفعل فعلاً ، فقال جاريتي حرة إن لم أفعل كذا وكذا ؛ فإن لم يضرب أجلًا ، فلا يطأ ، ولا يبع ، ويدخل ولدها في اليمين ؛ لأنه على حنث هذا هو القياس ، وقد روى عن مالك أن ولدها لا يدخل في اليمين ، وهو قول المغيرة المخزومي ؛ وأما إن ضرب ليمينه أجلًا فيتخرج في دخول ولدها في اليمين قولان متكافئان على اختلاف قول مالك في المدونة في جواز الوطء له ، مرة قال فيها ان له أن يطأ ، لانه على بر مثل قوله في هذه الرواية ؛ ومرة قال إنه ليس له أن يطأ، إذ ليس له أن يبيع من أجل أنها مرتهنة بيمينه في البيع ، وأما إذا حلف بحريتها ألا يفعل فعلاً ، فسواء ضرب أجلًا أو لم يضرب . هو على بر ؛ فالقياس ألا يدخل ولدها في اليمين ، وقد اختلف قول مالك في ذلك حسبما وقع هنا ، وفي رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ، وفي رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ، وفي رسم العرية[١٤١] من سماع عيس من كتاب الوصايا ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسئل مالك عن رجل قال كل رأس أملكه إلى ثلاثين سنة ـ فهو حر ، فورث رقيقاً ، فقال ابن كم هذا الرجل الحالف ؟ قال ليس هو بكبير ، قال فما ورثه فهو حر ، ولا يعتق عليه أنصباء أصحابه ، لا يعتق عليه إلا ما ورث قط ، إلا أن تكون له نية في الاشتراء والصدقة أو الهبة ولم يرد الميراث ، فيدين ويحلف على ما نوى .

قال محمد بن رشد : قال في الذي حلف بحرية ما يملك من العبيد

---

(١٤٠) في الأصل (يعتق) .
(١٤١) في الأصل (العارية) .

إلى ثلاثين سنة ، أن ذلك يلزمه إذا لم يكن كبيراً ولم يجد في ذلك حداً ، والحد فيه حد التعمير في الاختلاف من السبعين سنة إلى مائة وعشرين . وقوله إن ادعى أنه لم يرد الميراث فيدين ويحلف على ما نوى ، يدل أنه نواه مع قيام البينة عليه ، إذ لو لم تكن عليه بينة وأتى مستفتياً ، لصدق دون يمين ؛ وإنما نواه مع البينة مراعاة للاختلاف في أصل المسألة ، إذ قد قيل أنه لا يلزمه حرية ما يملك لما جاء من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك[١٤٢] ، وهو قول الشافعي وجماعة من أهل العلم ، وكان القياس على أصل مذهبه في الزام العتق له ألا تقبل منه النية مع البينة ، لأنها نية مخالفة لظاهر ـ قوله ، وإلى هذا ذهب ابن المواز ، قال في الذي يقول ان كلمت فلاناً فكل عبد ملكه من الصقالبة فهو حر ، أن اليمين تلزمه إذا لم يقل أبداً في كل ما كان في ملكه من الصقالبة يوم حلف ، وفيما استفاد منهم بعد ذلك ، إلا أن يقول أردت في المستقبل ، ولا شيء عليه ، إلا ان تكون عليه بينة ؛ وكذلك قوله أنه لا يعتق عليه إلا ما ورث ، ولا يعتق عليه أنصباء أصحابه ، هو أيضاً مراعاة للاختلاف الذي ذكرته في أصل المسألة ، وكان القياس إذا أعتق عليه حظه مما ورث من العبيد ، أن يقوم عليه الباقي منهم ، وبالله التوفيق .

مسـألة

قال أشهب في رجل قال كل مملوك أملكه في شهر رجب فهو حر ، فورث نصف عبد فحنث في الذي حلف عليه ؛ قال تعتق عليه حصته ، ويستتم عليه عتقه ؛ قلت له كيف وإنما دخل عليه بميراث ؛ قال لأنه إنما اعتق عليه بحلفه .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف قول ابن القاسم في المسألة التي

---

(١٤٢) مر تخريج الحديث .

قبلها إنه لا يعتق عليه انصباء أصحابه ، وهو القياس على ما ذكرناه ؛ وقول ابن القاسم استحسان مراعاة للخلاف ، وقد قيل ان قول اشهب ليس بخلاف لقول لابن القاسم ، وأن معنى مسألة أشهب انه حلف فقال إن فعلت كذا وكذا ، فكل مملوك أملكه في شهر رجب حر ، فورث نصف عبد ، ثم فعل ما حلف عليه ؛ فإنه يعتق عليه النصف ، ويقوم عليه باقيه ؛ والأظهر أنه خلاف لقول ابن القاسم ، لأنه إنما اعتل لما سأله كيف يقوم عليه - وهو إنما دخل عليه بميراث ، بأنه أعتق عليه بحنثه ، ولم يعتل بانه حنث في يمينه بعد أن ملك النصف ، وإن كان تقويمه عليه إذا حنث بعد أن ملك نصفه أبين ؛ فقد قال ابن كنانة في السفيه المولى عليه يحلف بحرية عبده ، ثم يحنث بعد أن عاد حليماً وولي نفسه - والعبد في يديه أنه يعتق عليه ؛ وقاله أيضاً في الصغير يحلف في حال صغره ثم يحنث بعد بلوغه ، وقد مضى الكلام على هذا في رسم العتق الثاني من سماع أشهب ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت ابن القاسم عن الرجل يحلف بحرية جاريته على شيء أن يفعله إلى أجل ، أو إلى غير أجل ، فلحقه دين بعد اليمين ؛ هل تباع الجارية ؟ قال نعم تباع - كان إلى أجل ، أو إلى غير أجل ؛ كان الدين قبل اليمين ، أو بعد اليمين .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن العتق لا يجب إلا بالحنث ، إما بالموت - إن لم تكن اليمين إلى أجل ، أو بالأجل - إن كانت إلى أجل - والدّين سابق له ، فوجب أن تباع .

ومن كتاب أوله لم يدرك من صلاة الامام إلا الجلوس

وسئل عن رجل قال لرجل اذهب إلى غلامي فقل له يلقاني في مكان كذا وكذا ، فإن لم يفعل فهو حر ، فتوانى الغلام وأبى أن يجيب ؛ قال لا حنث عليه ، قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول في رجل أرسل رسولاً إلى غلام له ان لم يأتي غداً فهو حر ، قال إن بلغه الرسول وكان السيد إنما أرسل إليه استعجالاً ، فتأخر العبد عنه ليحنثه وليخرج حراً فلا حرية له ؛ وقد قال مالك في الذي يقول لغلامه في غريمه ـ إن فارقته فأنت حر ، ففارقه فلا حرية له ؛ وقد ذكر ذلك عمر بن عبد العزيز وربيعة ، وإن كان الرسول لم يبلغ العبد ، فلا حرية له أيضاً .

قال محمد بن رشد : أما إذا لم يبلغ الرسول العبد ، فلا إشكال في أنه لا يعتق ؛ وأما إذا بلغه الرسول ، فاختلف قول مالك في ذلك . فكان في بدء أمره يقول بقوله في هذه الرواية أنه لا حنث عليه ، قال وليس ذلك بمنزلة من يقول لامرأته : أنت طالق ، إن خرجت إلى مكان كذا وكذا لمكان يسميه ، ثم تخرج بغير إذنه ، فأرى الطلاق يلزم هذا ، ولا يلزم سيد العبد الحرية ، وفرق بين ذلك أن الرجل يعاقب امرأته بطلاقها ،ولا يعاقب عبده بالعتق قال ابن نافع : وفرق بين ذلك أيضاً ، أن للرجل أن يملك امرأته في يمينه ، فإن أحنثته وجب ذلك عليه، ولا يملك عبده في يمينه بأن يجعل ذلك بيده حتى يعتق نفسه ، ثم رجع فقال هو حانث ، واختلف في ذلك أيضاً قول ابن القاسم وأصبغ ، وجاءت عن عمر ابن العزيز في ذلك قضيتان ، قضى أولاً بعتق[١٤٣]

(١٤٣) في ت (يعتق) .

الغلام على سيده ، ثم رفع إليه آخر فلم يعتقه على سيده ، وقال أخشى أن يكون ذلك ذريعة لتحنيث العبيد لساداتهم ؛ وقال ابن الماجشون والمخزومي بقول مالك (الأول أنه لا حنث عليه ، وقال معرف بقول مالك)[١٤٤] الثاني أنه حانث ، وقال أصبغ في أحد قوليه محتجاً لقوله إنه لا حنث عليه : انظر أبداً كل شيء حلف عليه سيده من أمر يأمره به ، أو ينهاه عنه ، ليبره في ذلك ، فخالفه فحنثه ليعتق نفسه ، فلا عتق له . قال وقد قال بعض الناس إن الطلاق مثل ذلك سواء ـ إذا حلف على امرأته بمثل ذلك ، ولم يقله أصحابنا ، ولست ممن يقوله ، ويرى أنها طالق ـ إن حنثته . وقوله في الطلاق بمنزلة التمليك ، وقال أشهب في الطلاق مثل ذلك ، وأنه سواء في العتق والفرقة . والفرق بين العتق والطلاق في هذه المسائل بين بالمعنى الذي فرق به مالك بينهما ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال فيها هذه المسائل خارجة عن أصول المدونة وغيرها ، والفتوى على خلافها ؛ والحنث يلزم السيد في كل هذا ـ إذا لم يأته العبد ، بلغه الرسول (أو لم يبلغه ، لأنه قد جعل أمره في يدي غلامه ويدي رسوله ، فقد سبب حنث نفسه ، أو ملك أمره لغيره ، فهو حانث في جميع ذلك ـ إذا[١٤٥] لم يأته الغلام ، وليس قوله بصحيح ؛ أما إذا لم يبلغه الرسول ، فلا إشكال في أنه لا حنث عليه ، ولا اختلاف ؛ وأما إذا بلغه الرسول)[١٤٦]أو كان هو الذي شافهه ؛ فالصحيح في النظر ما قاله ابن القاسم في هذه الرواية ، ورواه عن مالك من أنه لا حنث عليه ، لأن الرجل إذا نهى عبده عن الشيء وقال له إن فعلت فأنت حر ، فبين أنه لم يرد بذلك حريته ، وإنما أراد به ضد ذلك من ترك حريته ، وسواء ملكته إياه كمثل ما يقول الرجل لابنه في الشيء ينهاه عن فعله ويتوعده عليه . افعل كذا وكذا ـ وأعطيك ألف مثقال ، فمن نظر إلى معنى يمينه ، قال لا حنث عليه ـ وهو قول مالك الأول ،

---

(١٤٤) عبارة (الأول انه . . . يقول مالك) ـ ساقطة في الأصل .

(١٤٥) في ق ٣ (اذ) .

(١٤٦) ما بين القوسين ـ وهو نحو سطرين ـ ساقط في الأصل .

ومن لم ينظر إلى المعنى واتبع ما يوجبه ظاهر لفظه ويقتضيه ، قال هو حانث ؛ وإلى هذا رجع مالك ، وقوله الأول أظهر ، لأنا إنما تعبدنا بالمفهوم من معنى الكلام دون ظاهره ، قال تعالى : ﴿ فاعبدوا ما شئتم من دونه ﴾[١٤٧] فظاهره الأمر والمراد به النهي والوعيد ، ومن مثل هذا كثير ، فكذلك مسألتنا ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال عيسى وسئل عن رجل قيل له (في عبد)[١٤٨] من ربه ؟ قال ما له رب إلا اللّه ؛ أو قيل له أمملوك هذا العبد ؟ فقال لا ما هو مملوك ، أو قيل له ألك هذا العبد ؟ قال ما هو لي ، إنه لا شيء عليه في هذا كله ، وهو بمنزلة ما لو قيل لرجل ألك امرأة ، قال ما لي امرأة ، أو قيل له في امرأته أهذه امرأتك ؟ فقال ما هي امرأتي ، إنه لا شيء عليه في هذا ونحوه ، إذا لم يرد به طلاقاً ، قال عيسى إذا لم يرد به طلاقاً ولا عتقاً ، فإن عليه اليمين بالله ما أراد به طلاقاً ولا عتقاً .

قال محمد بن رشد : ظاهر قول مالك لا شيء عليه في هذا كله ، أنه لا يمين عليه فيه ، ويدل على ذلك أيضاً من مذهبه مساواته بين أن يقول في عبده ما هو مملوك أو ما له رب إلا الله ، وبين أن يقول ما هو لي ، إذ لا اختلاف ولا إشكال في أنه لا يمين عليه في قوله في عبده ما هو لي ، إذ ليس في قوله ما هو لي إقرار به لأحد بعينه ، خلاف قول عيسى بن دينار ـ من رأيه ـ أنه يحلف ما أراد بذلك طلاقاً ولا عتقاً ، ولابن القاسم في أول رسم الرهون بعد هذا مثل قول عيسى في إيجاب اليمين عليه ، ومثله في المدونة في الذي

---

(١٤٧) الآية : ١٥ من سورة الزمر .

(١٤٨) جملة (من عبد) ساقطة في الأصل .

قال لعبد أنت حر اليوم من هذا العمل ، فاختلف[١٤٩] في ذلك قول ابن القاسم ، والاختلاف[١٥٠] في هذا على اختلافهم في يمين التهمة ؛ لأن العبد يقول أردتَ بذلك عتقي ، وهو يقول لم أرد بذلك عتقك ، ولو ادعى العبد أنه قد كان أعتقه قبل ذلك ، واحتج عليه بقوله ما هو مملوك ، للزمته اليمين قولاً واحداً ، بمنزلة إذا ادعى عليه العتق وأقام على ذلك شاهداً واحداً ، فإن نكل عن اليمين ، فقيل إنه يعتق عليه ، وقيل إنه يحبس حتى يحلف ، إلا أن يطول سجنه فيخلى عن سبيله ، وقد وقع في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الطلاق ـ السنة في قول ابن القاسم إيجاب اليمين في نحو هذه المسألة بزيادة فيها عليها ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال ولا يجوز في الرقاب الواجبة خصي ، ولا أقطع ، ولا أشل ، ولا أصم ، ويجوز الأعور ، والأعرج الخفيف العرجة ، وروى أشهب من كتاب العتق عن مالك في الخصي والأعرج يجزئان في الرقاب الواجبة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم العتق من سماع أشهب ، فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب إلى أجل

وسئل مالك عن رجل نزل فندقاً فكان في بيت منه فمرض ،

---

(١٤٩) في ت (واختلف) .

(١٥٠) في الأصل (ولا اختلاف) ـ وهو تحريف ظاهر .

فقال إن أنا مت في هذا البيت ، فجاريتي حرة ؛ فصح من مرضه ذلك وخرج من ذلك الفندق ، ثم رجع إلى ذلك البلد ، فنزل في ذلك البيت فمرض فمات فيه ؛ أتعتق جاريته ؟ فقال أرى أن تعتق ، إلا أن تكون تعرف[١٥١] أنه إنما أراد في مرضه ذلك الأول .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال على أصولهم في أن الحالف لم تكن له نية تحمل يمينه على ما يقتضيه لفظه ـ إذا لم يكن له بساط يدل على خلاف لفظه ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وسئل عن رجل زوج أمته عبده ، ثم قال لها إن لم أبعك إلى سنة ، فأنت حرة ، وما أشبه ذلك . قالت اشهدوا أنه إن لم يفعل وجاءني العتق فقد اخترت نفسي ، قال ليس ذلك لها . وفرق بينها[١٥٢] وبين الحرة التي يقول لها إن تزوجت عليك فأمرك بيدك ، فتقول اشهدوا أنه إن فعل هذا ، فقد اخترت نفسي ، فهذه الحرة إن تزوج عليها فهي طالق ، وفرق بينها وبين الأمة ولم يرها مثلها .

قال محمد بن رشد : الفرق بين الحرة والأمة أن الخيار للأمة إذا أعتقت تحت العبد لمن يجعله الزوج لها، وإنما وجب لها بالسنة إذا عتقت ـ وزوجها عبد ، فليس لها أن تختار نفسها قبل أن يجب ذلك لها . وقد لا يجب لها ، إذ قد يعتق زوجها قبل أن تعتق هي ، وأما الحرة فالزوج جعل الخيار لها بشرط تزوجه عليها ، فكان لها أن تقضي بما جعل لها ، وقد روى أصبغ عن أشهب في رسم النكاح من سماعه من كتاب النكاح ، أن ذلك ليس

---

(١٥١) في ت (يكون ، يعرف) .

(١٥٢) في ت (بينهما) .

لها ، وطلاقها قبل أن يتزوج عليها باطل ، وهو القياس على مسألة الأمة هذه، وعلى قولهم في أن أخذ الشفيع بالشفعة قبل وجوبها له باطل ، وبالله التوفيق .

مسـألة

وقال في رجل قال لعبده أنت حر إن بعتك إلا ممن يجيزك البحر ، وأنه باعه من رجل وحلف له بحريته أن يجيزه البحر ، ثم باعه الذي اشتراه منه ، أوبق منه ـ قبل أن يجيزه على من يعتق . قال ابن القاسم أرى أن يعتق على الأول إن لم يجزه الذي باعه البحر ـ يعني البائع الثاني ، وذلك أن مالكاً سئل عن عبد حلف سيده وقال أنت حر إن بعتك من فلان ، وقال المحلوف عليه هو حر إن ابتعته ، فباعه منه على من يعتق ؛ قال على البائع ، وروى أصبغ مثله وقال لو كانت يمينه ألا أبيعك إلا ممن يحلف أن يجيزك البحر لم يكن فيه شيء ، وكان على المشتري أن يجيزه، وكان على البائع القيام عليه بذلك إذا تعدى وتركه حتى يجيزه ؛ وروى محمد بن خالد قال سألت ابن القاسم عن الرجل يبيع الجارية من الرجل على أن يجيزها البحر ـ وقد كان حلف بحريتها ليبيعنها ممن يجيزها البحر ـ وهو رجل أندلسي ، فباعها من رجل بذلك الشرط ، واجتهد في ذلك ، فوطئها المشتري فحملت منه أو أعتقها ؛ فقال لابن القاسم إذا فاتت بحمل أو عتق، سلك بها مسلك التي تباع على أن تتخذ أم ولد ، قلت لابن القاسم : ولا يكون على الذي حلف شيء ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : اختلف في الحالف أن يفعل فعلاً هل يحمل على التعجيل حتى يريد التأخير ، أو على التأخير حتى يريد التعجيل ـ حسبما

مضى القول فيه في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم ؛ فقول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في هذه المسألة في الذي يحلف بحرية عبده ألّا يبيعه إلا ممن يجيزه البحر ، فباعه واستحلف المشتري بحريته أن يجيزه البحر ، فلم يفعل حتى باعه أوبــق منه ؛ ـ أنه يعتق على الأول إن لم يجزه المشتري حتى باعه أوبــق منه ، هو على قياس القول بأن يمينه محمولة على التعجيل ، لأنه رآهما جميعاً ـ البائع والمشتري ـ حانثين بتأخير إجازته البحر ، فلما استويا في الحنث ، كان البائع منهما هو[153] أحق أن يعتق عليه، لأنه مرتهن بيمينه ، قياساً على ما قاله مالك في الذي يحلف بحرية عبده ألا يبيعه من رجل ، ويحلف ذلك الرجل بحريته إن اشتراه منه ، والذي يأتي في هذه المسألة على قياس القول بأن اليمين محمولة على التأخير حتى يريد التعجيل ، ألا يقع الحنث عليهما إلا بموت المشتري ـ والعبد بيده ، فإن باعه رد البيع فيه ووقف بيده ، فإن لم يبر فيه بإجازته البحر حتى مات ، حنثا جميعاً وعتق على البائع ، ورد الثمن للمشتري ، ولا يبر الحالف أن يبيع عبده ممن يجيزه البحر على رواية عيسى هذه إلا باجازة المشتري إياه، لا بأن يبيعه بشرط ممن يجيزه البحر ، ولا بأن يبيعه بغير شرط ، ويستحلف المشتري أن يجيزه ، إلا أن ينوي ذلك على ما قاله في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ، وظاهر رواية محمد بن خالد هذه عن ابن القاسم، بل هو نص[154] قوله في آخر المسألة أنه يبر ببيعه على أن يجيزه بشرط ، لأنه الظاهر من مقصد الحالف ، فقد قيل إن يمين الحالف إذا لم تكن له نية يحلف على ما يظهر من مقصده ، وقد اختلف إن باعه على هذا من الشرط على أربعة أقوال ، أحدها أنه بيع جائز ، وهو قول ابن وهب في الدمياطية . والثاني أنه بيع فاسد يفسخ على كل حال ، فإن فات بما يفوت به البيع الفاسد ، كانت فيه القيمة بالغة ما بلغت . والثالث أنه يفسخ إلا أن يشاء البائع أن يترك الشرط، فإن لم يعثر على ذلك حتى فات ، كان فيه

---

(١٥٣) كلمة (هو) ساقطة في ت .

(١٥٤) في ت (نفس) .

الأكثر من القيمة أو الثمن ؛ وقيل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما نقص من الثمن بسبب الشرط ، وهو القول الرابع ؛ والذي يأتي في هذه المسألة إذا فاتت الجارية عند المشتري بحمل أو عتق على القول بأن البائع الحالف لا يبر ببيعها على الشرط ، وإنما يبر بأن يجيزها المشتري على ظاهر ما لفظ به في يمينه ، وهو مذهبه في رواية عيسى هذه عنه ، ونص قوله في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ ـ على ما ذكرناه أن يرد على البائع ويعتق عليه ويرد الثمن على المشتري إن كانت فاتت بعتق ، فإن كانت فاتت بإيلاء ، كان على المشتري قيمة الولد ، وقاصه بذلك من الثمن ، فكانت قيمته أقل من الثمن ، ورجع عليه ببقية الثمن وإن[155] كانت قيمة الولد أكثر ، لم يرجع عليه البائع بشيء على ما قاله في رسم العتق بعد هذا السماع ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن رجل استأذنته امرأته في عتق جارية لها مراراً ، وأكثرت عليه ـ وكل ذلك يأبى ، فلما رأت ذلك ، دعت شهوداً في السر فأشهدتهم على عتقها ، وأمرتهم بكتمان ذلك ، ثم دخل عليها زوجها[156] فاستأذنته في عتقها ، فقال أكثرت علي ، إن أعتقتها فأنت طالق البتة ، قال مالك لا شيء عليه، إلا أن يكون أراد بذلك ، إن كنت أعتقتها فأنت طالق البتة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه لا شيء عليه ، لأنه إنما حلف ألا تفعل ما لا يمكنها أن تفعله ، إذ قد كانت فعلته ؛ ومثله في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب النذور ، ولو قال لها إن أعتقتها فأنت طالق البتة ـ وهو عالم بأنها قد كانت أعتقتها ، لكان ذلك بمنزلة الذي يحلف ألا يبيع

---

(١٥٥) في الأصل (فإن) .

(١٥٦) سقطت كلمة (زوجها) في الأصل .

السلعة بعد أن باعها ؛ وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى في سماع سحنون ، ونوازل أصبغ من كتاب الايمان بالطلاق . ومضى في رسم العتق من سماع أشهب من هذا الكتاب ـ الكلام في [١٥٧] الذي يحلف ألا يكري رجلاً أرضاً له فوجد وكيلاً له قد أكراها ذلك الرجل ، وبيان ما فيها من الإشكال ، فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب أوله : إن خرجت من هذه الدار

وسئل ابن القاسم عن عبد دفع إليه سيده مائة شاة وقال اعمل فيها ـ حتى تصير ثلاثمائة ـ وأنت حر ، فمات السيد فأراد الورثة أخذ الغنم منه ، وقال العبد لا أدفعها لكم ؛ قال إن رضوا أن يعتقوه ويأخذوها منه فذلك لهم ، وإلا كانت في يديه حتى يعلم أنه لا يكون فيما بقي منها ثلاثمائة شاة .

قال محمد بن رشد : قوله إن ذلك يلزم الورثة وليس لهم أن يأخذوا الغنم منه إلّا أن يعتقوه ، يدل على أنه أجاز ذلك على وجه الكتابة ، يريد ويضرب له في ذلك أجل ، كمن كاتب عبده على عدد يسميه[١٥٨] ولم يضرب له أجلاً . وقوله : إن لم يرض الورثة بعتقه ، أن الغنم تكون في يديه حتى يعلم انه لا يكون فيما بقي منها ثلاثمائة ، معناه إلى الأجل الذي ضرب له في ذلك ، وهذا هو مذهب أصبغ ، وقوله في أول رسم من سماعه من كتاب المكاتب أنه يجبر على ذلك إذا وقع ، ويراها كتابة لازمة على سنة الكتابة ، تلزم الورثة ولا يردها الدين المستحدث ؛ غير أنه يكره ذلك ابتداء ، لما فيه من الغرر ـ على ما قاله في رسم أول عبد ابتاعه فهو

---

(١٥٧) سقطت كلمة (في) الأصل .

(١٥٨) في ت (سماه) .

حر من سماع يحيى من كتاب المكاتب ؛ وذلك خلاف قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب المكاتب ، وفي أول سماع أصبغ منه أن ذلك ليس بكتابة ، وإنما هو بمنزلة من أعتق عبده إلى أجل مجهول قد يكون وقد لا يكون ، فلا يلزم الورثة ويرده الدين المستحدث ، وسيأتي الكلام على ذلك في موضعه من كتاب المكاتب ـ إن شاء الله .

مسـألة

قال ابن القاسم[١٥٩] لو أن رجلاً حلف ألَّا يكلم فلاناً أبداً ، ولا يدخل دار فلان أبداً ـ بحرية رقيقه ، فحنث فرد الغرماء عتقه فبيعوا ثم اشتراهم بعد ذلك أو تصدق بهم عليه ، أو وهبوا له ؛ أن اليمين ترجع عليه إذا رجعوا في ملكه بوجه من الوجوه غير الميراث ؛ فإن كلم فلاناً ، أو دخل دار فلان ، عتقوا عليه ولزمه الحنث ؛ ولو كان أعتقهم عتقاً بتلاً في غير يمين ، فرد الغرماء عتقه وباعوهم واقتضوا دينهم ، ثم اشتراهم بعد ذلك ؛ لم يلزمه عتقهم وكانوا مماليكه .

قال محمد بن رشد : إنما قال في الذي يحلف بعتق رقيقه ألّا يفعل فعلاً فحنث ، فرد العتق فأعتقهم فبيعوا ، ثم اشتراهم بعد ذلك ، أو تصدق بهم عليه ، أو وهبوا له ؛ أن اليمين ترجع عليه اذا رجعوا في ملكه بوجه من وجوه الملك غير الميراث ، ومن قولهم ان من حلف ألا يفعل فعلاً ففعله[١٦٠] مرة فحنث ، أنه لا يحنث بفعله مرة أخرى ؛ لأن العتق لما رد فبيع في الدين ، كان كأن لم يحنث؛ إذ لم يلزمه بالحنث عتق على ما قالوا[١٦١] فيمن حلف

(١٥٩) جملة (قال ابن القاسم) ساقطة في الأصل .

(١٦٠) في الأصل (يفعله مرة) ـ بإسقاط جملة (فعلا ففعله) .

(١٦١) في ت (في رسم فيمن) ـ بزيادة (في رسم) .

بعتق عبد ألّا يفعل فعلًا ، فباع العبد ثم فعل ذلك الفعل ، ثم اشتراه ففعله ثانية[١٦٢] ، أن العتق يلزمه ؛ إذ لم يلزمه بالفعل الأول ، والعبد في غير ملكه شيء ، وقد وقع في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب النذور ما ظاهره خلاف هذا ، أن اليمين لا ترجع عليه إن اشتراه ، إلا أنه محتمل للتأويل على ما ذكرناه هناك ؛ وإن حمل على ظاهره ، فالوجه في ذلك أنه لما حنث بعتقهم مرة ، وجب أن يعتبر بحنثه ؛ وإن كان قد رد العتق في الدين ، فلا يحنث فيهم ثانية[١٦٣] إن اشتراهم ، إذ لا يحنث في اليمين الواحدة مرتين ، فلكلا القولين وجه ؛ وأمّا الذي اعتق عبيده بغير يمين ، أو بيمين على فعل لا يتكرر ، فرد عتقهم في الدين ، فلا اختلاف في أنه لا شيء عليه إن اشتراهم ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته كل أمة أتسراها[١٦٤] فهي حرة ، فاشترى خادماً تخدمه فوطئها ؛ فقال هي حرة ، وابن كنانة يقول في مثل هذا لا تكون حرة إلا أن تحمل .

قال محمد بن رشد : التسري[١٦٥] عند ابن القاسم الوطء المجرد فلذلك رآها حرة بوطئه إياها ، وإن كان إنما اشتراها للخدمة ، ولم يرد حبسها ، وذلك بين من مذهبه بما قال في سماع ابي زيد من كتاب الايمان بالطلاق من انه يبر بذلك إذا حلف أن يتسرى على امرأته ؛ وذهب ابن كنانة إلى ان تسري الجارية إنما هو الوطء لها مع استصحاب النية في اتخاذها

---

(١٦٢) في الأصل (ثانياً) .
(١٦٣) في الأصل (مرة ثانية) ـ بزيادة (مرة) .
(١٦٤) في الأصل (اتسراها) .
(١٦٥) في ص ق ٣ (التسرر) .

لذلك ؛ ولذلك رأى إذا اشتراها للخدمة ، أنها لا تكون حرة بوطئه إياها إلا أن تحمل ، لأنها إذا حملت لم يكن له فيها إلا الاستمتاع بوطئها ، فتعتق عليه ، إذ لا يصح له ذلك فيها من أجل يمينه عليه بحريتها ، وبالله التوفيق .

مســألة

وسئل عن رجل حلف بعتق ما يملك ألّا يقع بينه وبين أخيه معاملة أبداً وكان اشترى منه شيئاً فجحده ، ثم طال به الزمان فاستودعه الحالف مـالاً وهب له عشرة دنانير وأسلفه عشرة ؛ قال هو حانث بما أسلفه واستودعه ، لأن هذا معاملة ؛ إلّا أن تكون له نية حين حلف على بيع الدين خاصة ، وذلك الذي نوى وحلف عليه فيدين .

قال محمد بن رشد : السلف والاستيداع ليس بمعاملة على الحقيقة ، إلا أن فيه (من)[١٦٦] معنى المعاملة ما دل عليه بساط يمينه أنه أراده وحلف عليه ـ وهو جحود ما كان له عليه ؛ ولذلك قال انه حانث بما أسْلفه واستودعه ، فجوابه صحيح على القول بمراعاة البساط في الايمان إذا عدمت النية فيها . وهو المشهور في المذهب ؛ وأما[١٦٧] على القول بأنه لا يراعي البساط في الايمان ، وإنما ينظر فيها إلى مقتضى اللفظ ، فلا يحنث بالسلف ولا بالإيداع ، ولو باعه بالنقد ولم يعامله بالدين[١٦٨] فحنث على القول بأنه لا يراعي البساط في الايمان ، وإنما ينظر فيها إلى اللفظ ؛ ولو عامله بالدين ، لحنث على القولين جميعاً ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

---

(١٦٦) كلمة (من) ساقطة في الأصل .

(١٦٧) كلمة (واما) ـ ساقطة في الأصل .

(١٦٨) في الأصل (بالدينار) .

مسألة

وقال في رجل قال في غلامه إن باعه فهو حر ، فباعه على أنه بالخيار ؛ فقال لا يلحقه الحنث حتى يقطع الخيار .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن بيع الخيار لا يجب إلا بعد إمضاء ممن له الخيار فيه ، فإذا كان الخيار للبائع الحالف لم يحنث إن رد سلعته ، وأما إن أمضاها ولم يكن ليمينه أجل ، فيحنث بكل حال كما قال ؛ ولو كانت يمينه إلى أجل فأمضى البيع فيها بعد الأجل ، لحنث على القول بأن بيع الخيار إذا أمضى فكأنه لم يزل ماضياً لمشتريه من يوم العقد ، ولم يحنث على القول بأنه إنما وجب الشراء له يوم أمضى البيع ؛ ولو كان الخيار لغير الحالف من البائع او المشتري ، لحنث الحالف باتفاق ، وبالله التوفيق .

مسألة

وقال إذا أذن الرجل لعبد له نصفه حر بعتق ، فولاء ما أعتقه العبد للعبد إذا أذن ، وكذلك كل من لا يجوز لك أخذ ماله إذا أذنت له بعتق ، ولاء ما اعتق له إذا أعتق .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت والكلام عليها مستوفى في رسم مضى من سماع ابن القاسم ، فلا معنى لاعادته ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن أمة كانت بين شريكين فوطئها أحدهما فحملت ، فقال الذي لم يطأ قد كنت أعتقتها منذ سنة ؛ قال إن كان الواطىء ملياً بقيمتها لم يقبل قوله ؛ لأنه إنما أراد أن يفسدها عليه وتقوم على الواطىء ؛ وإن كان الواطىء معدماً ، جاز العتق على الذي قال كنت أعتقتها منذ سنة ، وعتق أيضاً نصيب الواطىء ؛ لأنه إنما كان له فيها

الاستمتاع ، فقد قطع بعتق شريكه ؛ لأنه من وطىء أمة جزء منها حروساً له فحملت ، أعتقت كلها ؛ لأنه لا استمتاع له فيها ، وليس له أن يطأ أمة نصفها حـر ونصفها رقيق .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان الواطىء مليئاً بقيمتها ، يريد بنصف قيمتها ؛ لأن ذلك هو الذي يلزمه غرمه ، وإذا قومت عليه على ما قال ، فالحكم في ذلك أن تكون نصف القيمة موقوفة لا يأخذها الشريك ، إلا أن يكذب نفسه فيما كان ادعاه من أنه كان اعتقها منذ سنة ، وإن رجع الواطىء إلى تصديقه[169] فيما ادعاه من أنه كان اعتقها[170] منذ سنة قبل أن يكذب هو نفسه ، رجعت اليه القيمة الموقوفة ، واعتق نصيبه في الأمة ؛ إذ لا يستطيع أن يطأها ، ونصفها أم ولد ، ونصفها حر ؛ وأما قوله وإن كان الواطىء معدماً ، جاز العتق على الذي قال قد كنت أعتقتهـا وعتق نصف الواطىء ؛ فهو صحيح على أحد قولي مالك في المدونة ، وهو القول الذي رجع اليه في أن الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما فحملت ـ ولا مال له ـ يباع نصفها للذي لم يطأ، فيدفع إليه ـ وإن كان في ذلك نقصان عن نصف (قيمتها يوم حملت، اتبعه بذلك وبنصف)[171] قيمة الولد؛ إذ لا يصح أن يباع له نصفها فيعطاه ـ وهو يقول إنه حر قد كان اعتقه منذ سنة ، وأما على القول بأنه يتبع بنصف قيمتها وتكون له أم ولد ولا يكون عليه من قيمة الولد[172] شيء ، فلا يعتق عليه نصيبه في الأمة ، وتكون له أم ولد ، ويتبعه الشريك بنصف قيمتها يوم حملت إن أكذب نفسه فيما ادعاه من عتقها ، وإن رجع هو إلى تصديقه قبل أن يكذب هو نفسه ، اعتق عليه نصيبه في الأمة ، وسقطت القيمة عن ذمته ؛

---

(١٦٩) في الأصل (تصديقها) .

(١٧٠) في الأصل (اعتقه) .

(١٧١) ما بين القوسين ساقط في الأصل .

(١٧٢) جملة (عليه من قيمة الولد) ـ ساقطة في الأصل .

ورأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة ، ولا تقوم على الواطىء في ولده ، لأن الأمة حملت ـ وهي حرة من ملك الذي لم يطأ ؛ قال وولاء الولد بينهما إن ثبت العتق الأول ببينة ؛ فأما قوله إنه لا تقوم على الواطىء في ولده فهو صحيح ، وأما تعليله لذلك بأن الأمة حملت وهي حرة من ملك الذي لم يطأ ، فليس بصحيح ؛ إذ لو حملت وهو لم يعتق نصيبه ، لما كان له في الولد قيمة ، وإنما كان يجب على الواطىء أن تقوم عليه يوم وطئها دون أن يكون عليه شيء في ولدها ؛ وأما قوله إن ولاء الولد بينهما إن ثبت العتق للأول ببينة فهو غلط ظاهر ، إذ لا يكون الولاء له الا لو ملكه ملكاً صحيحاً ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وقال مالك إذا قال الرجل لامرأته كل جارية أتخذها أم ولد فأمرها بيدك ، فاشترى جارية فأراد أن يمسها في[١٧٣] كل طهر مرة .

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنه إذا وطئها لا يدري لعلها قد حملت ووجب الخيار في عتقها لامرأته ، ولا يصح له أن يطأ ما لغيره الخيار في عتقها ؛ ويأتي على قول أشهب في الذي يقول لجاريته إذا حملت فأنت حرة ـ : إن له أن يطأ ويعاود أبداً حتى يتبين الحمل ، من أجل أن الشك عنده لا يؤثر في اليقين ؛ إذ[١٧٤] يكون لهذا الرجل أن يطأ أبداً حتى يتبين بها حمل ، فيكون أمرها بيد امرأته ، وبالله التوفيق .

---

(١٧٣) كذا في سائر النسخ سؤال بدون جواب ، ولعل في الكلام سقطاً ـ وهو : (قال : وله أن يمسها في . . .) وسيأتي جوابه بهذا في المسألة الرابعة بعد هذه .

(١٧٤) كذا في سائر النسخ (لا يكون) بالنفي ، ولعل الصواب ما أثبته : (إذ يكون) .

مســألة

وسئل عن امرأة حلفت بحرية مالها إن تزوجت فلاناً ، ثم تزوجته ـ ورقيقها أكثر من ثلثها ؛ فلما وجبت عقدة النكاح أنكر عليها زوجها وقال إنا ننكر عليك ، لأن رقيقك أكثر من ثلث مالك ، هل تحنث في يمينها أم لأنها إنما وقع عليها الحنث ولها زوج ؟ قال ابن القاسم إن كان زوجها لم يعلم بيمينها حتى تزوجها ، فله ان ينكر عليها ؛ وإن كان علم بيمينها فتقدم على ذلك ، جاز ذلك عليها ولم يكن له أن ينكر ذلك عليها ، وهو بمنزلة ما لو أذن لها .

قال محمد بن رشد : قد قيل إن لزوجها أن ينكر عليها ويرد عتقها ـ وان علم بيمينها ، وهو قول اصبغ في نوازله من كتاب الولاء ، قال وهو قول أهل العلم ؛ وفي كتاب ابن المواز أنه ليس له أن يرد ذلك وإن لم يعلم بيمينها ؛ قال ابن المواز لأن عقد نكاحها لم يكن قبل حنثها ؛ وإنما وقع هذا الاختلاف ، لأن الحنث والنكاح وقعا معاً ممن غلب وقوع النكاح قبل الحنث والزوج رد ذلك ، ومن غلب وقوع الحنث قبل النكاح ، لم ير للزوج رده ؛ فتفرقة ابن القاسم في هذه الرواية بين أن يكون الزوج علم بيمينها أو لم يعلم جيدة ، لأنها لا تخرج عن أحد القولين ؛ وأما إذا كان الحنث بعد النكاح ، فللزوج أن يرده ـ وإن كانت اليمين قبل النكاح ؛ بدليل قول ابن المواز إن عقد نكاحها لم يقع قبل حنثها ، وقد وقع لابن ابي حازم وابن كنانة في المدونة من قولهما ما يدل انه ليس للزوج ان يرد يمينها بأكثر من ثلث مالها وان حنثت به بعد النكاح إذا كان حلفها[١٧٥] به قبل النكاح ، وبالله التوفيق .

---

(١٧٥) في ت (حملها) .

مسـألة

وعن[١٧٦] امرأة من أهل البادية قالت لابنها قد أحللت لك جاريتي هذه ـ والغلام له امرأة وهو ساكن مع امرأته ، والجارية عند الأم ؛ فاعتقت الأم الجارية فتعلق بها ابنها وقال قد كنت أحللتها لي ، قالت إنما هو كلام قلته ـ والجارية ـ عندي منذ سنة لم تحزها ولم أدفعها اليك ؛ قال إن كان الابن وطئها فلا عتق لها فيها ، وإن كان لم يطأها ولم يحز شيئاً ، فعتقها جائز ؛ وإن كان قد حاز أو وطيء ، فلا عتق لها ؛ لأنه ضمنها ، ولزمته قيمتها ؛ وأنه إذا لم تمكنه منها ولم يقبضها ـ وإن أحللتها له ، فضمانها منها إذا هلكت ؛ قال عيسى عتقها جائز إلا أن تحمل .

قال محمد بن رشد : قوله وان[١٧٧] كان قد حاز أو وطيء فلا عتق لها ، لأنه قد ضمنها ولزمته قيمتها إلى آخر قوله ، معناه إذا حازها وغاب عليها ، فرأى القيمة لازمة له بالغيبة عليها ، وإن لم يطأها ؛ لأنه لا يصدق إذا غاب عليها في أنه لم يطأ ؛ هذا معنى الرواية ، عندي ، اذ لو قبضها ولم يغب عليها لما لزمته قيمتها ، ولكان ضامناً لها ، ولجاز عتق أمه لها ؛ وقد رأيت لابن دحون أنه قال في هذه المسألة ذكره للحوز فيها ليس بجيد ، لأنه لو حازها ولم يطأ فماتت ، لم تلزمه قيمتها ؛ وإنما تلزمه القيمة بالوطء ، فالحوز بغير وطء لا ينفعه ، وعتق السيدة ماض فيها ـ على كل حال ـ حتى يطأ ؛ فإذا وطيء ، لزمته القيمة وصارت في ملكه ؛ فلا عتق حينئذ للأم فيها ؛ هذا نص قوله ، والمعنى في الرواية إنما هو ما قلته ؛ وقال ابن كنانة في امرأة أحلت لزوجها فرج جاريتها ، قال ان حملت ، قومت عليه وإن لم يكن له مال ، كان

---

(١٧٦) في ت (وسئل عن) بزيادة (وسئل) .

(١٧٧) في الأصل (ان) .

ديناً عليه يتبع به ؛ قال وان لم تحمل ردت عليها ؛ ظاهره ملياً كان أو معدماً ، وهو بعيد ؛ ومعناه ـ عندي ـ إن لم يكن له مال ، ولم يكن في ثمنها وفاء بقيمتها يوم وطئها ؛ والصواب ما في المدونة أنه إن لم يكن له مال بيعت فيما لزمه من قيمتها ، فإن لم يكن في ثمنها وفاء بقيمتها يوم وطئها ، اتبع بالباقي ديناً ثابتاً في ذمته ؛ قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم قال مالك تقوم عليه ، حملت أو لم تحمل ، يُريد فإن كان عديماً ولم تحمل ، بيعت فيما لزمه من قيمتها على ما قاله في المدونة ؛ واختار عيسى قول ابن كنانة ، واختار ابن نافع قول مالك وهو الصواب عندي ؛ لأنه إذا ردت اليها بعد أن وطىء لعدمه ، آل ذلك إلى عارية الفروج ، إذ قد تحلها له ، وهو عديم فتأخذها منه بعد أن وطئها ، فيتم لهما ما عملا عليه من عارية فرجها ، وبالله التوفيق .

مســألة

قال وقال مالك لو أن رجلاً حلف بالحرية فحنث ، ولعبيده عبيد ، وقع الحنث عليه في عبيده ، ولم يقع عليه في عبيد عبيده ؛ ولو أنه حلف بطلاق امرأته انه ما يملك عبداً . ولجاريته عبد . أن الحنث يلزمه .

قال محمد بن رشد : الفرق بين المسألتين ، ان الحنث يدخل بأقل الوجوه ، فوجب أن يحنث الحالف ما يملك عبداً إذا كان لجاريته عبد ؛ لأنه يملك انتزاعه منها ؛ ويجري هذا على الاختلاف في الذي يحلف ألاّ يركب دابة رجل ، فركب دابة عبده ؛ وأما الذي يحلف بحرية عبيده ولعبيده عبيد فيحنث ، فلا يعتق عليه عبيد عبيده ، لأنهم ليسوا بملك له حتى ينتزعهم . وإن كان يملك انتزاعهم ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن الرجل يقول لجاريته إذا حملت فأنت حرة ، فقال يطؤها في كل طهر مرة[١٧٨]، فقيل له ولم لا يطؤها أبداً حتى يتبين حملها ، ولا يدري أتحمل أم لا ؟ فقال قال لي مالك جل النساء على الحمل ، فاذا كان الشيء غالباً على الناس حتى لا يشذ من ذلك إلا القليل ، حمل الناس في ذلك الأمر على الذي يصيب جل الناس ، ولم ينظر الى الشيء الشاذ .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله يطؤها[١٧٩] في كل طهر مرة أنه لا يلزمه شيء إن كانت حاملاً يوم قال ذلك لها ، أو كان قد وطئها في ذلك الطهر ، وأنه لا يلزمه شيء إلا في حمل مؤتنف ـ وهو مذهب سحنون فيها ، حكى عنه ابن عبدوس أنه لا يلزمه شيء إذا قال إذا حملت ، الا في حمل مؤتنف ، وذلك خلاف مذهبه في المدونة ؛ وفي سماع سحنون بعد هذا ومن هذا الكتاب ، والذي يأتي على مذهبه في المدونة ـ وهو قوله في سماع سحنون ـ أنه إذا كانت حاملاً يوم قال ذلك لها ، أعتقت عليه ؛ لأنها حامل أبداً فيما بقي من حملها ؛ وإذا كان قد وطئها في ذلك الطهر قبل أن يقول ذلك لها ، وقف عنها ووقف خراجها حتى يعلم إن كانت حاملاً أم لا ؟ وإن كان لم يطأها فيه ، فلا شيء عليه حتى يطأها ؛ فاذا وطئها فيه ، وقف عنها ، ووقف خراجها ؛ فإن تبين بها حمل ، أعتقت ودفع اليها ما وقف من خراجها ؛ وإن حاضت ولم يكن بها حمل ، كان له أن يبيعها إن شاء ، فإن لم يبعها حتى وطئها في الطهر الذي بعده ، وقف عنها أيضاً ووقف خراجها حتى يعلم أن كان[١٨٠] بها حمل أم لا ؛ هكذا يفعل أبداً في كل طهر يطؤها فيه ، وأشهب

---

(١٧٨) مر آنفاً نظير هذه المسألة ـ ولم يذكر لها المصنف جواباً ، ونبهنا على ذلك .

(١٧٩) كلمة (يطؤها) ساقطة في الأصل .

(١٨٠) في ت (أكان) .

يرى أن له أن يطأها أبداً ، ولا يمنع من شيء مما أحله الله له منها حتى يتبين حملها ؛ وكذلك يختلف على هذا في الذي يقول لزوجته إذا حملت أو إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ؛ فقوله في المدونة أنه إن كان وطئها في ذلك الطهر طلقت عليه بالشك ولا يستأنى بها حتى يعلم ـ أكانت حاملاً أم لا ؟ وقال سحنون وأشهب إنه يستأنى بها ولا يعجل عليه الطلاق حتى يعلم أنها حامل ؛ فإن مات ، ورثته إن لم تكن حاملاً ؛ وإن ماتت هي قبل أن يتبين أمرها ، لم يرثها بالشك ؛ ويأتي على مذهب أشهب أن له أن يطأها في مدة الاستيناء بها ، وسحنون يقول إنه إذا قال لها اذا حملت فأنت طالق ، أنه لا يلزمه طلاقها إلا في حمل مستأنف ، وهو ظاهر هذه الرواية ـ على ما ذكرناه ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن رجل حلف بحرية ماله ألَّا يحدث في رقيقه بيعاً ولا صدقة إلا باذنه ، وأنه سأل ابنه عتق رأس من رقيقه فأذن له الابن بعتق ذلك الرأس ، فأعتقه الأب وقال الأب للشهود أشهدكم يا هؤلاء ، أن كل ما أعتق ابني وما أحدث في رقيقي فأمره جائز ـ والابن سفيه ، فخرج الابن من عند أبيه فباع من رقيق أبيه عشرة أرؤس[١٨١] بأربع مائة دينار وأربعين ديناراً واقتضى الثمن ؛ أفترى ما صنع جائزاً ؟ قال ابن القاسم البيع جائز على الأب على ما أحب أو كره ، الا أن يكون بيعاً لا يشبه أن يباع مثلهم به ، يعرف أنه قد ترك من أثمانهم محاباة لمن باعهم ـ وإن كان الابن سفيهاً ، وانما ذلك بمنزلة رجل وكل وكيلاً ببيع رقيقه ، فبيعه جائز ، الا ما حابى أو داهن ؛ فالسفيه وغير السفيه ـ اذا رضي ببيعه ووكله سواء فيما يجوز

---

(١٨١) في الأصل (رؤس) .

لهما ويرد عليهما وبيعهما جائز ، الا أن يأتي في ذلك بيع محاباة ببينة لا يتبايع الناس بمثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة لا اشكال فيها ولا اختلاف ، لأن للرجل أن يوكل على نفسه في حياته من رضي توكيله إياه من رشيد أو سفيه ، فيلزمه من فعل السفيه ما يلزمه من فعل الرشيد ؛ والتوكيل في الحياة بخلاف الوصية بعد الوفاة ، ليس له أن يوصي بمال ولده إلى غير عدل ولا إلى سفيه ؛ ولو أوصى بتنفيذ ثلثه الى سفيه أو الى غير عدل لجاز ؛ لأن الثلث له حياً وميتاً ـ يجوز أمره فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الثمرة

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول لعبدين له أنتما حران إن شئتما ، فشاء أحدهما وأبى الآخر ؛ قال من شاء الحرية منهما فهو حر ؛ وكذلك لو قال لامرأتيه أنتما طالقان[١٨٢] إن شئتما ، فإن التي شاءت منهما طالق ؛ قال أصبغ مثله ، وقد قال لي في غير هذا الكتاب لا يكون ذلك إلا أن يجتمعا على المشيئة في العتق والطلاق .

قال محمد بن رشد : القول للذي حكى أنه قال في غير هذا الكتاب ، هو قوله في المدونة ، وقوله ان من شاء الحرية منهما أو الطلاق ، فذلك له ؛ هو مثل قوله في سماع أبي زيد من كتاب الصدقات والهبات في الذي يتصدق بالشيء على رجلين ويقول إن قبلتماه فهو لكما ، فيقبل أحدهما ؛ وله في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من كتاب الايمان

(١٨٢) ثبت في ق ٣ (طالقتين) ، وفي ت (طالقتان) ولعل الصواب ما أثبته (طالقان) .

بالطلاق ـ قول ثالث أنهما يعتقان جميعاً بفعل الواحد منهما ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك[١٨٣] مستوفى ، فلا معنى لاعادته .

ومن كتاب أوله حمل صبيا على دابة

قال وسألت ابن القاسم عن المرأة يغيب عنها زوجها فتعتق رأساً اليوم ، وتعتق من الغد رأساً آخر ، ثم تعتق بعد ذلك أيضاً رأساً آخر وذلك متواتر ، ثم يجيء زوجها فيرد ذلك ؛ قال ان كان الرأس الذي أعتقت أولاً الثلث ، جاز عتقه ، وبطل عتق الآخرين ؛ وإن كان أكثر من الثلث بطل عتقهم جميعاً هو ومن بعده ، ولا ينظر فيمن أعتقت بعد الأول ـ كان الثلث أو أقل ، وإنما ينظر في الأول ، فان كان أكثر من الثلث رد عتقه ؛ وأما عتق الآخرين[١٨٤] فمردود على كل حال .

قال محمد بن رشد : تكلم في هذه الرواية إذا قرب بين ما تصدقت به أو أعتقت شيئاً بعد شيء ، وتكلم في رسم المكاتب بعد هذا إذا بعد ما بين ذلك ، ورأيت لابن دحون أنه قال ابن الماجشون يقول اذا أعتقت المرأة أكثر من الثلث جاز الثلث ، ورد الزوج ما بقي ؛ وابن القاسم يقول يرد كل شيء ؛ فعلى قول ابن الماجشون ينظر إن كان المعتق الأول أقل من الثلث ، عتق من الثاني بقية الثلث ، وإن كان الثلث ، عتق عندهما جميعاً ؛ وإن بقيت من الثلث بقية ، عتق من الثاني عند ابن الماجشون بمقدار ما بقي ؛ وإن حمل الثلث كله ، عتق كله عندهما ؛ وهذا الذي حكى ابن دحون عن ابن

---

(١٨٣) في ت (هناك) .

(١٨٤) في الأصل (الأخيرين) .

الماجشون، لا أعرفه له إلا في الهبة والصدقة؛ وأما في العتق فلا، لأنه إنما يقول فيه بقول ابن القاسم ، من أجل أن العتق لا ينقض ؛ وقد مضى في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات ، تحصيل القول في هذه المسألة ـ إذا قرب ما بين الأمدين(١٨٥) بمثل اليوم واليومين ، أو بمثل الشهر والشهرين ، أو بعدما بينهما بمثل الستة الأشهر أو السنة ؛ وما يتفق عليه من ذلك ، وما يختلف فيه(١٨٦) منه ، وسائر أحكام قضاء المرأة في مالها دون إذن زوجها ملخصاً مبيناً ؛ فاكتفينا بذكره هناك عن إعادته هنا ، ومضى أيضاً في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب ، التكلم على فعلها هل هو على الجواز حتى يرد ، أو على الرد حتى يجاز ؛ وما يتعلق بذلك من الأحكام ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسئل عن الرجل يقول كل أسود اشتريه فهو حر ، فشارك رجلاً فاشترى الرجل سوداً ، فقال ان كانا متفاوضين ، فقد حنث فيما اشترى ؛ وإن كان نهاه ، فلا حنث عليه ؛ وإن كان وكل رجلاً أو شاركه ولم ينهه حتى اشترى ، فهو حانث .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة من أن الرجل اذا حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها من الفسطاط فوكل رجلاً يزوجه فزوجه من الفسطاط ، أن النكاح يلزمه وتطلق عليه ؛ إلا أن يكون نهاه عن نساء الفسطاط ، فلا يلزمه النكاح ؛ فكذلك هذا إذا نهاه وكيله أو

---

(١٨٥) في ت ق ٣ (الأمرين) .

(١٨٦) في ت (فيه) .

شريكه[١٨٧] عن شراء السودان ، لم يلزمه الشراء ؛ وإن لم ينهه ، لزمه الشراء وعتق عليه جميع السودان ؛ إن اشتراهم له وكيله ؛ وإن اشتراهم الشريك ، قاسمه فيهم فعتق عليه حظه منهم - على ما قاله محمد بن المواز في الذي حلف بعتق رقيقه فحنث - وله شريك في أرؤس ، وقد قيل إن ذلك ليس بخلاف لما في المدونة من أنه يعتق عليه حظه من جميعهم ، ويقوم عليه بقيتهم على ما ذكرناه من الفرق بين المسألتين في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم ؛ وإذا قال ذلك في حنثه بعتق ما يملك ، فأحرى أن يقوله في هذه المسألة ، للاختلاف الحاصل بين أهل العلم في العتق قبل الملك ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته عن العبد يكون بين الرجلين فيعتقانه جميعاً معاً إلى السنة ، فاذا مضت ستة أشهر بتل أحدهما نصيبه ؛ فقال لا يقوم عليه حظ صاحبه - وهو على حاله الى الأجل ؛ قلت فإن مات عن مال قبل الأجل ، لمن يكون ؟ قال للذي بقي[١٨٨] له فيه الخدمة .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه تقوم خدمته الى الأجل على الذي بتل نصيبه ، قال ابن القاسم في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الخدمة واستحسنه في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما حصته[١٨٩] منه الى أجل ، ثم يعتق الآخر حصته منه بتلا ؛ لأن الخدمة رق ، ثم رجع عن ذلك ورآه ظلماً أن تؤخذ منه قيمة الخدمة ويكون الولاء لِغيره ؛ ولا فرق بين المسألتين ؛ وأما قوله إنه[١٩٠] ماله يكون إن مات قبل الأجل للذي بقيت له فيه

(١٨٧) جملة (أو شريكه) ساقطة في الأصل .

(١٨٨) في ت (بقيت) .

(١٨٩) في ت (نصيبه) .

(١٩٠) في ت (إن ماله) .

الخدمة ، فهو صحيح ، لأن الخدمة رق ، ومن مات وفيه شعبة من رق ، فماله للذي بقي له فيه الرق ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن العبد يكون خالصاً لرجل فيعتقه الى سنة ، فإذا مضت له ستة أشهر بتل نصفه ؛ قال يعتق عليه جميعه الساعة .

قال محمد بن رشد : هذا بين لا إشكال فيه ، لأن العبد جميعه له ؛ فكما يعتق عليه بقيته إذا أعتق بعضه ، فكذلك يعتق عليه ما بقي له فيه من الخدمة لأنها رق ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه منه(١٩١) الى سنة ، قال يقال للآخر يعتق الى أجله ، فان أعتق جاز ، وإن أبى قوم على المعتق حظ صاحبه وكانت له خدمته الى الأجل ؛ وذلك خوف أن يؤخر التقويم عليه إلى الأجل فيفلس أو يموت ـ ولم يحكه عن مالك ؛ قال عيسى قال لي ابن أبي حسان ، قال لي مطرف عن مالك أنه لا يقوم عليه الى الأجل ؛ وكان مما احتج به أن قال يعمد الرجل الذي العبد بينه وبين صاحبه فيعالجه على أن يبتاع منه نصيبه ، فيأبى عليه فيذهب فيعتق نصيبه الى أربعين سنة ، فيقوم عليه فيذهب بخدمته ؛ لا أرى أن يقوم عليه الى الأجل ، قال ابن القاسم ولو قال قائل هذا القول لم أعبه وفيه متكلم .

---

(١٩١) في الأصل (منه نصيب) .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول[١٩٢] فيها في رسم أوصى ، وذكرنا هناك فيها قولا ثالثاً ، فلا وجه لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الرهون

وعن[١٩٣] رجل قال في أم ولده ـ وأراد أن يأخذ له[١٩٤] قسماً ـ إنها حرة ، هل يلزمه ذلك وتعتق عليه ؟ قال لا ، وأرى أن يحلف بالله ما أراد عتقها .

قال محمد بن رشد : معناه أراد أن يأخذ لها قسماً من العطاء باسم الحرية ، ومثل هذا في المدونة في ذلك قال في جارية له هي حرة ، لأنه مر على عاشر ونحو هذا ، فقال انه لا تعتق عليه إذا علم أنه دفع عن نفسه[١٩٥] بذلك ظلماً، ولم يذكر في ذلك يميناً؛ وقد ذكره[١٩٦] في الذي قال لعبده أنت حر ـ اليوم من هذا العمل ، واليمين في هذا يمين تهمة ، فاذا تبيّن أنّه لم يرد بذلك الحرية ، لم يجب عليه يمين ؛ وإذا احتمل أن يريد بذلك الحرية ، لزمته اليمين على اختلاف ؛ ولو ادعى العبد أنه قد كان أعتقه قبل ذلك ، لكان قوله في مثل هذه الأشياء هو حر ـ شبهة توجب عليه اليمين باتفاق ، وقد مضى هذا في رسم لم يدرك ، وبالله التوفيق .

---

(١٩٢) في الأصل (الكلام) .

(١٩٣) في ت (وسئل عن) بزيادة (وسئل) .

(١٩٤) في ت ق ٣ (له) .

(١٩٥) في الأصل (بذلك عن نفسه) .

(١٩٦) في الأصل (وذكره) بإسقاط (قد) .

مسألــة

وعن السفيه يعتق فيجيز وليه عتقه ، ثم ينكر بعد أن احتلم ويقول أجاز لي وليي ما لم يكن ينبغي له أن يجاز[١٩٧] على أنه لا يجاز عتقه ، أجازه وليه أو لم يجزه حتى يجتمع له عقله فيعتق أو يدع ؛ ولو جاز هذا ، لكان يشبه ذلك أن يحبس عليه رقيقه اذا اعتقهم وهو سفيه حتى اذا اجتمع عقله عتقوا عليه ، ولكانت أموال الناس التي خالطه بها من خالطه أولاً بأن يبت في ماله من العتاقة ؛ ولو جازت العتاقة هكذا ، لما انبغي لورثته أن يرثوا رقيقه الذي أعتق إذا مات ؛ فأمر السفيه مثل الصبي الذي لا يعقل ؛ فلا يجوز منه شيء إلا ما قد جوز للسفيه من الوصية عند الموت .

قال محمد بن رشد : ثم ينكر ذلك بعد أن احتلم ، معناه بعد أن رشد وملك أمر نفسه ، فعبر بالاحتلام عن الرشد ، والمسألة كلها صحيحة بينة ، وقد مضى التكلم عليها وعلى ما كان في معناها مجودا في رسم العتق من سماع أشهب ، فلا وجه لاعادته ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ في السفيه يشتري الجارية بغير اذن وليه فيعتقها ، إن عتقه باطل ؛ ولو أنه وطئها فأحبلها ، كانت له أم ولده ـ ولم يلزم السفيه من غرم الثمن ـ قليل ولا كثير ؛ قال عيسى بن دينار رأى أن ترد الجارية على البائع ، ويرد البائع الثمن على السفيه ، ويكون الولد ولده ، ولا يكون على السفيه من قيمة الولد شيء ؛ ولو أن

(١٩٧) في ت (يجيز) وفوقها علامة (ع) .

رجلاً أسلف[١٩٨] سفيهاً مالاً أو باع منه شيئاً ، فاشترى به المولى عليه أمة فحملت منه ، كانت أم ولد له ، ولم يكن للمبتاع أو المسلف أخذها منه ورد عليه ذلك الشيء الذي ابتاع بالمال .

قال محمد بن رشد : لأصبغ في نوازل سحنون من كتاب المديان مثل قول عيسى بن دينار[١٩٩] هنا في السفيه يشتري الأمة فيولدها ، ولا خلاف بينهم في العتق أنه ينقض ، وترد الأمة الى بائعها ؛ والفرق بين العتق والإيلاد على قول أصبغ هذا ، أن العتق من فعله وكسبه ، وليس الايلاد من فعله وكسبه ؛ وإنما فعل من وطئه اياها الذي كان سبباً لايلادها الذي لا يقع باختياره ، فقد يريده ولا يرزقه ، وقد يرزقه ولا يريده ؛ ما يجوز له إذا باعها صاحبها منه وسلطه عليها ؛ وقول عيسى بن دينار ما وقع لأصبغ في نوازل سحنون من كتاب المديان والتفليس في مساواتهما بين العتق والإيلاد استحسان ، ووجهه أن الحمل وأن لم يكن من كسب السفيه ولا فعله ، فالأمة عين مال البائع ؛ والقول الأول هو القياس ألاَّ فرق بين أن يولد الأمة التي اشتراها ، أو التي اشتراها من مال استسلفه ، أو من ثمن سلعة باعها ؛ كما لا يفترق ذلك في المديان ، للعلة التي ذكرناها ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يدير ماله

وسئل عمن قال لعبده اذا قدمت الاسكندرية فأنت حر ، ثم بدا له أن لا يخرج ؛ قال أرى أن يعتق الى مثل القدر الذي يبلغ ، ولو قال له مر معي الى الاسكندرية ، وأنت حر ، فمثل ذلك .

---

(١٩٨) في ت (سلف) .

(١٩٩) جملة (بـن دينار) ـ ساقطة في الأصل .

قال محمد بن رشد : رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها إن كان السيد أراد خدمة العبد له والقيام به حتى يصل الإسكندرية ، فلا يلزمه شيء إذا لم يسافر ؛ وإن كان إنما أراد عتقه إلى انقضاء زمن يصل به إلى الإسكندرية فلم يسافر ، نظر القدر الذي يصل في مثله لو خرج ، فيعتق العبد بعده[٢٠٠] ؛ وهذا الذي قاله لا كلام فيه ، لأنه اذا علمت نية السيد ، ارتفع الاشكال من المسألة ؛ ونيته لا تعلم الا من قبله ، فانما الكلام هل يصدق في نيته أم لا ؟ وما يكون الحكم في المسألة إن لم تكن له نية ، أو مات قبل أن يخبر بنيته ، فيجب على أصولهم أن يصدق في نيته مع يمينه ، الا أن يأتي مستفتياً فلا يكون عليه يمين ؛ وأما إذا لم تكن له نية ، أو مات قبل أن تعلم له نية ؛ فيتخرج في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها قوله في الرواية أن ذلك كالأجل المعلوم ؛ ويكون العبد حراً الى مقدار البلوغ الى الاسكندرية ، خرج السيد أو لم يخرج ، مات أو عاش ؛ وهو الذي يأتي على ما في سماع عبد الملك من كتاب الايمان بالطلاق ، عن ابن القاسم في الذي يقول لامرأته إذا[٢٠١] بلغت معي موضع كذا وكذا فأنت طالق تلك الساعة ، والثاني أن ذلك كالأجل المجهول الذي قد يكون وقد لا يكون ، وليس الأغلب منه أن يكون ، فلا يعتق العبد الا أن يخرج السيد الى الاسكندرية ويصل اليها ؛ وهذا القول يأتي على ما في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق في الذي يقول لامرأته اذا قدمت بلد كذا وكذا فأنت طالق ، لأنها لا تطلق عليه حتى تصل الى البلد . والثالث الفرق بين أن يقول ذلك له قبل أن يخرج أو بعد أن يخرج ، وإن قال ذلك قبل[٢٠٢] أن يخرج ، لم يعتق الا بوصول السيد الى ذلك البلد ، إن خرج اليه ؛ وإن قال ذلك بعد أن خرج ، كان العبد معتقاً الى

---

(٢٠٠) في ت (بعد) .

(٢٠١) في ت (إن) .

(٢٠٢) في الأصل (بعد) ـ وهو تحريف ظاهر .

مقدار الوصول الى ذلك البلد ، وصل اليه أو رجع من الطريق ؛ روى هذه التفرقة زياد ابن جعفر عن مالك في الذي يقول لامرأته اذا قدمت بلد كذا وكذا فأنت طالق ، أنه إن قال ذلك لها قبل أن يخرج ، لم يلزمه طلاق حتى يقدم البلد ؛ وإن قال ذلك لها بعد أن خرج ، كانت طالقاً مكانتها ، كمن طلق امرأته الى أجل معلوم ؛ وفي رسم المدبر والعتق بعد هذا من سماع أصبغ عن أشهب في العبد يستأذن سيده في الخروج إلى موضع ، فيقول له أخرج اليه ، فاذا بلغته فأنت حر ، أنه ليس له أن يمنعه من الخروج ؛ قال ابن المواز إلا أن يبدو للعبد في الخروج ، وهو قول رابع في المسألة أن ذلك تمليك للعبد في العتق يلزم السيد ولا يلزم العبد ، فيكون مخيراً بين أن يخرج الى البلد فتجب له الحرية ، أو لا يخرج فيبقى في العبودية ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسألت عن الرجل يحلف في عبد له بحريته الا ، يبيعه ، فيبيعه ويقبض الثمن فيستهلكه ، ثم يعثر على ذلك ولا مال له ؛ قال ابن القاسم يرد العبد إن ادرك ويعتق ويخرج حرا ، ويتبعه المشتري بالثمن ديناً ، لانه حنث بحريته حين باعه ووقعت حريته ـ وعنده به وفاء وهو الثمن الذي قبض منه حين باعه هو له وفاء ؛ لانه لو عثر عليه ساعتئذ ، عتق العبد ورد ذلك الثمن ، فالثمن حين بقي في يديه ، هو مال المشتري ووفاؤه ، فهو بمنزلة من اعتق وعليه دين وعنده وفاء بدينه ، ثم تلف ذلك الوفاء بعد ذلك ، فالعبد حر ، ولا سبيل للدين عليه ، ويتبع السيد بدينه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة لا اشكال فيها ، ولو كان عليه يوم باعه دين يستغرق الثمن ، لبيع في الثمن ولم ينفذ فيه العتق ، إلا ان تكون

قيمته أكثر من الثمن ، فيباع منه بالثمن على التبعيض ويعتق الباقي ، وبالله التوفيق .

مسـألـة

وسألت عن الرجل يقول في مرضه جاريتي فلانة تخدم ابنتي حتى تنكح ثم هي حرة، فيجيز الورثة الوصية لابنته، فيعرض لابنته مرض بعد مبلغ النكاح حتى لا ينكحها أحد ويمسك عنها الأزواج وقد عنست، وهل يختلف إذا قال حتى تنكح، أو إذا بلغت النكاح ، قال ابن القاسم نعم تختلف ، اما قوله حتى تنكح فلا عتق لها أبداً عرض لابنته مرض، أولم يعرض، عنست، أولم تعنس، فلا عتق للمملوكة حتى تنكح الجارية ، الا ان يأتيها الازواج فتردهم وتأبى النكاح ، فاذا[٢٠٣] كان ذلك وعرف ذلك ، عتقت المملوكة ، وان تزوجت ، عتقت المملوكة عند العقدة ولم تحبسها الى الدخول ، وان ماتت الابنة قبل مبلغ النكاح ، خدمت الورثة الى مقرار النكاح ثم عتقت ، وان لم تخرج الجارية من الثلث ، خير الورثة ـ فإما اجازوا وكان سبيلها سبيل ما وصفت لك ، وان أبوا عتق[٢٠٤] من الجارية مبلغ ثلث الميت ساعتئذ ، ورق ما بقي ، وسقطت وصية الابنة في الخدمة ، ولم يكن لها من الخدمة قليل ولا كثير ، ولم يقع لها على الجزء الذي عتق[٢٠٤] منها من الخدمة شيء ، وأما قوله إذا بلغت ابنتي مبلغ النكاح فهي حرة ، فإذا بلغت الابنة النكاح وأمكن ذلك منها ، عتقت الجارية ، قلت ما حد ذلك البلوغ الحيضة ؟ قال وبعد ذلك بقليل علة ما يرى ويجتهد ، وما

---

(٢٠٣) في ت (فإن) .

(٢٠٤ ـ ٢٠٤) في الأصل (أعتق) .

ليس فيه ضرر ، وقد تحيض الجارية وتقيم السنة والسنتين قبل أن تنكح(٢٠٥) ويمكن ذلك منها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على اصولهم لا اشكال فيه ولا موضع للقول .

مسألة

وسألت عن(٢٠٦) الجدة جدة الأب في ميراثها أي جدة هي ؟ وانه ذكر لنا في أمر الاب انها ترث هي بعينها ، فان لم تكن هي بعينها وكانت أبعد فلا ترث ، قال ابن القاسم : فليس كما ذكر لكم هذا خطأ ، ام الاب وامهاتها بمنزلة أم الأم وأمهاتها إلى أبد ، يرثن اذا لم تكن أم الاب بعينها ، ولا أم الأم بعينها ، فأمهاتهن في مثابتهن الى أبد ، يرثن بعُد ذلك أو قرب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ان ام ام الاب بمنزلة أم الأب إذا لم تكن أم الاب حية ، وكذلك ما بعدن ، ويحجب الاقرب منهن الا بعد ، كما ان أم أم الأم بمنزلة ، ام الأم إذا لم تكن ام ،الأم حية ، وكذلك ما بعدن ، ويحجب الاقرب منهن الابعد ، وانما الاختلاف في الجدة ام الجد للاب ، والجدة ، ام الجد للام ، فمالـك لا يورث واحدة منهما ، ومن أهل العلم من يورثهما جميعا ، فيورث اربع جدات اثنتان من قبل الاب ، واثنتان من قبل الأم ، وهو مذهب ابن مسعود من الصحابة ومنهم ، من يورث ثلاث جدات ، اثنتان من قبل الاب ، وواحدة من قبل الام ـ وهو مذهب الاوزاعي ، وفي ذلك أثر يروى عن النبي عليه الصلاة

---

(٢٠٥) جملة (قبل أن تنكح) ـ ساقطة في الأصل .

(٢٠٦) هذه المسألة والتي بعدها أدرجها المصنف في باب العتق ، وهما من باب المواريث ، والغريب أن يسكت الشارح عن ذلك .

والسلام ، ورث الجدات اثنتان من قبل الأب وواحدة من قبل الأم(٢٠٧) وان اجتمعت الجدتان جميعا على مذهب مالك ،فالسدس بينهما الا أن تكون التي من قبل الام أقرب ، فيكون السدس لها ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت عن الأخت للاب والام إذا كانت هي والجد وكان لها إخوة لأبيها ، هل تعاد بهم الجد ؟ قال ابن القاسم : نعم تعاد بهم ، وهذا مما لا شك فيه ولا اختلاف ولا كلام لأحد(٢٠٨) .

قال محمد بن رشد : معنى تعاد بهم الجد، تعدهم عليه من العدد ، لان الجد ينزل مع الأخوة الاشقاء ، والذين للأب منزلة أخ ، فيقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين ، إلا أن يكون الثلث أفضل له من المقاسمة ، فلا ينقص من الثلث شيئاً ، من اجل ان الاخوة للأم يرثون الثلث مع الأخوة أشقاء والذين للأب، ولا يرثون شيئاً مع الجد، فكان الجد أحق بهذا الثلث الذي حجب عنه الاخوة للأم ، فللجد مع الاخت الواحدة الثلثان ، ومع الاختين والأخ الواحد النصف ، ومع الأخ والاخت الخمسان ، ومع الاخوين فما زاد من الاخوة الثلث ، لا ينقص منه شيئاً كان الاخوة اشقاء او لأب ، فلما كان هذا حكمه مع الأشقاء إذا انفردوا ، ومع الذين لأب إذا انفردوا ؛ وجب ان يكون هذا حكمه معهم . إذا اجتمعوا جميعا في المقاسمة ثم يكون الإخوة الأشقاء أحق بما بعد نصيب الجد من الإخوة للأب ، لانهم يحجبونهم فلا يحصل للإخوة للأب مع الجد والإخوة الأشقاء شيء ، إلا أن يكون الشقائق اختاً واحدة ، فيفضل من المال بعد نصيب الجد اكثر من النصف ، فيكون الفاضل عن النصف الواجب لها للأخوة للاب . للذكر مثل حظ الانثيين ،

---

(٢٠٧) مر تخريج هذا الحديث .

(٢٠٨) في الأصل (لأحد فيه) ـ بزيادة (فيه) .

مثال ذلك ان يترك[٢٠٩] المتوفى جَدًّا وأختاً شقيقة وأخوين للأب، فما زاد فإن الأخت الشقيقة تعاد الجد بالاخوة للأب فترده بسببهم من النصف الذي كان يجب له معها لو انفردت دون الاخوة[٢١٠] للأب الى الثلث ، لأنه أفضل له من مقاسمة جميعهم ، وتأخذ هي من الثلثين الباقيين بعد نصيب الجد النصف ، إذ ليس لها أكثر من النصف الذي فرضه الله عز وجل لها ، ويكون السدس الفاضل من المال للأخوة[٢١٠] للأب ، يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، فهذا معنى قول ابن القاسم في الرواية إن الاخت الشقيقة تعاد الجد بأخويها لأبيها ؛ وأما قوله وهذا مما لا شك فيه ولا اختلاف ولا كلام لأحد ، معناه على مذهب مالك ، ومن اتبع زيد بـن ثابت على ذلك ، ولم يتابع أحد من الصحابة زيد بن ثابت على قوله بذلك ، وقد روي عن ابن عباس أنه سأل زيد بن ثابت عن قوله في معادة الإخوة الأشقاء الجد بالإخوة للأب ، فقال له إنما أقول برأيي كما تقول برأيك ، وفي ميراث الجد مع الاخوة اختلاف كثير ليس هذا موضع ذكره ؛وقد قال جماعة من اهل العلم انه لا ميراث للإخوة ما كانوا مع الجد ، لأنه ينزل بمنزلة الاب إذا لم يكن أب في أنه يحجبهم ، كما ينزل ابن الابن بمنزلة الابن إذا لم يكن الابن في أنه يحجبهم ، وهو مذهب جماعة من الصحابة ، منهم : أبو بكر الصديق ، وعبد الله بن عباس ، ومعاذ ابن جبل، وابي بن كعب ، وأبو الدرداء ، وابو هريرة ، وابن الزبير ، وعائشة ام المؤمنين ، والصحيح في النظر أنه لا يحجبهم ، لأنهم أقرب إلى الميت منه ، اذ يدلون اليه بأبيهم ، والأب أقرب من الجد ، بخلاف ابن الابن ، لانه أقرب الى الميت من الأخ ، لأن الاخ يدلي الى الميت بالأب وابن الرجل وابن ابنه ـ وإن سفل اقرب اليه من ابيه[٢١١] ، فوجب ان لا يحجب اخاه الذي إنما يدلي إلى الميت بأبيه[٢١١] ،وبالله التوفيق .

---

(٢٠٩) في الأصل (ترك) .

(٢١٠ ـ ٢١٠) في الأصل (الأخت) .

(٢١١ ـ ٢١١) في ص ق ٣ (ابنه) .

ومن كتاب اوله إن امكنتني من حلق رأســك

وسئل عن رجل قال لغلامه إن قضيت عني فلانا ماله علي فأنت حر ، فتصدق عليه صاحب الحق بالحق ، قال هو حر إذا تصدق به عليه ؛ قلت فلو كان تصدق به على سيد الغلام ـ فقبل أو لم يقبل ؟ قال ابن القاسم إن قبل السيد كان على العبد أن يؤديه أيضاً إلى سيده ، وإن لم يقبل ، كان عليه غرمه للغريم ، ولا يتعلق الا بأدائه ، إلا ان يتصدق به على نفسه ، ورواه ايضاً سحنون .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لان الغريم اذا تصدق على العبد بالدين الذي له على سيده ، فقد حصل للسيد غرضه في أن يتأدى الدين عنه دون منة تكون عليه ، وإذا تصدق به على السيد ، كان من حقه ألا يقبل ذلك ، فيوجب على نفسه بذلك منة ، ووجب الاّ يعتق العبد حتى يؤدي الدين عن سيده ، فيسقط عنه دون منة تكون للغريم عليه ، إذا قيل كان من حقه ألا يعتق العبد حتى يؤدي ذلك إلى سيده ، كما لو قضاه سيده ، إذ لا فرق بين ان يقضيه إياه أو يهبه له الغريم في أن العبد لا يعتق حتى يؤدي ذلك الى سيده ، وبالله التوفيق .

مســألــة

وسئل عن الرجل يؤاجر عبده سنين فيعتقه فيولد للعبد أولاد من أمته ـ وهو في إجارته ، هل ترى أولاده أحراراً ؟ قال نعم هم أحرار ساعة يولدون ، وليس يوقفون إلى انقضاء خدمة ابيهم ، لانه ليس لاحد فيهم خدمة ؛ وهو بمنزلة أن لو اعتقهم هم أنفسهم ، لم يكن للمستأجر أن يمنعه من ذلك ، لأنهم ليسوا مع أبيهم في الاجارة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ، لان ولد العبد من أمته بمنزلته ، فما ولد له من أمته بعد ما أعتق ، فهو حر ، لانه إنما منع من ابتال حريته ما للمستأجر من الحق في خدمته قبل العتق ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسألت اشهب بن عبد العزيز عمن قال لغلامه ، وهو حر صحيح ، أنت حر إلى سنة ، إلا أن أموت دون السنة ؛ فإن مت دون السنة ، فأنت حر حين أموت ، فمات السيد قبل السنة ؛ قال ابن القاسم ينظر في ثلثه : فإن خرج منه عتق ، وان لم يحمله الثلث ، عتق منه ما حمل الثلث واستخدم الورثة البقية إلى السنة ؛ وهو بمنزلة من قال لغلامه أنت حر لاولنا موتاً لنفسه ولرجل آخر ، فمات السيد قبل الاجنبي ، قال مالك ينظر في الثلث ، فإن خرج منه ، عتق، قال ابن القاسم فان لم يحمله الثلث ، عتق منه ما حمل الثلث واستخدم البقية إلى موت الآخر ، وليس بينهما فرق ؛ وهو بمنزلة من قال أنت حر إلى موت فلان ، إلا أن أموت قبل ذلك ، ومسألة أشهب قال : انت حر لأولنا انقضاء أنا أو السنة ، فليس بينهما فرق ، فهذا مثل مسألة مالك سواء ؛ وقد قال مالك يقوم رقبته وليس خدمته ، وقال اشهب بن عبد العزيز لا يقوم في الثلث الا خدمته وليس رقبته ، لانه انما فيه خدمة .

قال محمد بن رشد : قول أشهب أظهر ، لان العتق في الرقبة قد ثبت ، وإنما بقي فيه الخدمة إلى أجل ، وهو قول ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الوصايا في الذي يعتق عبداً له إلى أجل ، ثم يوصي في مرضه بوضع الخدمة عنه ، وبعتاقة عبيد سواه ، ولا يحمل ذلك

ثلثه ، أنه يحاصهم بقيمة خدمته لا بقيمة رقبته ، ووجه قول مالك في هذه الرواية ، أنه يقوم رقبته ، هو ان الحرية تبع للرق ، وانه في جميع أحكامه أحكام عبد ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسألت ابن القاسم عن الجارية تكون بين الرجلين فيقاومانها فيما بينهما فيبلغا بها ثمناً أضعافاً ، فيعمد احدهما فيعتقها ، قال وقعت هذه المسألة بالمدينة في جارية كانت بين رجل وامرأة ، فوقع له فيها هوى واستتبعتها نفسه ، فسأل امرأته أن تبيع منه نصيبها فأبت ، فرفع أمرها الى ابن عمران قاضي المدينة ، فأمر ببيعها ممن يزيد ، فزاد زوج المرأة فيها ـ حتى بلغها ستمائة دينار ، فألزموه ذلك ، فأتى زوجها الى المخزومي فقال له ما الحيلة قد بلغت ستمائة دينار ، وقد قصمت ظهري ، فقال له المخزومي اعتق حظك منها ، فلا يلزمك الا القيمة ، ففعل ؛ فرفع ذلك الى ابن عمران ، وأخبر بما بلغت وبعتقه اياها ؛ فقال اذهبوا بها الى السوق فصيحوا بها ، فإن زادت على ستمائة دينار فألزموه ذلك ، والا ألزموه[٢١٢] الستمائة دينار وأعتقوها عليه ؛ فرفع ذلك الى مالك ، فأعجبه ذلك ، ورأى أنه الحق المستقيم ، وانه أبين من القمر . قال مالك لو أن رجلا وقف برأس له في السوق وأعطي به ثمنا ، فعدا عليه انسان فقتله ؟ أنه يكون له ذلك الثمن إلا ان تكون قيمته أكثر من الثمن ، فيعطى القيمة ، وذلك اذا كان قتله بحدثان ما اعطى به ذلك ، قال ابن القاسم ولقد كان ابن ابي حازم يضحك بالذي أمر به المخزومي

(٢١٢) في الأصل (الزموه) .

الرجل من عتق الجارية ، ويقول دمر المسكين فكان يسره ذلك ، قال وأراهما كانا يتعارضان .

قال محمد بن رشد : قول مالك هذا في الذي وقف برأس له في السوق ، فأعطى به ثمنا ، فعدا عليه عاد فقتله ، أنه يكون عليه الأكثر من قيمته ، أو مما اعطى فيه يبين ما وقع من قوله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الغصب ، انه يلزمه الثمن الذي اعطى به ، وأن معناه ان كانت قيمته أقل ، وأما إن كانت أكثر ، فيلزمه الأكثر على ما قاله ههنا ، وعلى قياس ما قضى به ابن عمران على الرجل ، وسحنون يقول في مسألة مالك أنه لا يلزمه الا القيمة - قاله في سماع ابن القاسم - من كتاب الغصب ، وذلك خلاف ما قضى به ابن عمران على الرجل في الجارية التي زاد فيها ، مثل مذهب المخزومي على ما أشار به على الرجل من عتق حظه في الجارية ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب القطعان

قال ابن القاسم قال مالك من وهب لرجل بعض من يعتق عليه من ذوي قرابته ، أو أوصى له او تصدق به عليه ، فهو حر - قبله المعطي أو لم يقبله ، قال مالك وأرى أن يبدأ على الوصايا مثل العتق بعينه ، والولاء للموصى له به أو الموهوب له ، او المتصدق به عليه ؛ وإن أوصى له ببعضه ، أو تصدق ببعضه ، أوهب له بعضه - فقبله ، استتم عليه ما بقي ، وإن لم يقبله ، عتق منه عليه ما اوصى له به ، أو تصدق به عليه ، ويبدأ ايضاً على الوصايا ، ويكون ولاء ذلك للموهوب له ، أو الموصي به ، قال ابن القاسم من تصدق على رجل بمن يعتق عليه ، أو وهبه له في صحته ، أنه حر - قبله أو لم

يقبله ، وولاؤه له ، مثل قول مالك في المرض والوصية ، وإنما هو عندي بمنزلة من قال غلامي حر عن أبي ، أو عن فلان ، والولاء للأب أو لفلان ، وكذلك لو تصدق عليه بنصفه ، أو وهبه له ، فإنه إن قبله ، استتم عليه عتقه ـ وكان الولاء كله له ، وإن لم يقبله ، عتق منه ما تصدق به عليه ـ وليس له أن يرد ذلك ؛ ويكون ولاؤه له على كل حال ، قبله أو لم يقبله ، قال عيسى لا يعجبني قوله في الولاء ، وقد سمعته يقول ان قبل ، فالولاء له ، وإن لم يقبل ، فالولاء للمتصدق .

قال محمد بن رشد : قوله ، إذا وهب له من يعتق عليه ، أو تصدق به عليه ، أو أوصى له به ، فحمله الثلث ؛ ان الولاء له ، قبله أو لم يقبله ؛ وأنه إذا وهب له شقصاً منه ، أو أوصى له به ـ فلم يحمله الثلث ؛ انه إن قبل ، قوم عليه الباقي ؛ وان لم يقبل ، اعتق عليه ما وهب له منه ، أو ما حمله الثلث منه ، وكان الولاء له على كل حال ؛ هو قوله في المدونة ؛ ووجه ذلك انه لما وهب له ، او تصدق به عليه ، أو أوصى له به ـ وقد علم أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله اياه ، حمل عليه انه اراد عتقه عنه ، فكان الولاء له قبل او لم يقبل ؛ ووجه القول الثاني انه لما علم انه يعتق عليه فأوصى له به ، أو وهبه اياه أو تصدق به عليه ، فقد قصد إلى عتقه ، فكأنه قال إنه قبله ، وإلا فهو حر ، وكان القياس اذا لم يقبل ، أن يرجع الى الواهب ، او المتصدق ، او الى ورثة الموصي ، كان الكل أو البعض ، وقد قاله علي بن زياد عن مالك في المدونة ـ إذا لم يحمله الثلث ، وكذلك على قياس قوله إذا تصدق عليه ببعضه ، او وهب له بعضه ؛ فيتحصل على هذا في المسألة اذا لم يقبل قوله ـ أربعة أقوال ، أحدها أن الولاء له والثاني أن الولاء للواهب أو المتصدق . والثالث أنه يرجع ملكاً لواهبه[٢١٣] أو للمتصدق به أو لورثة

---

(٢١٣) في الأصل (للواهب) .

الموصي . والرابع الفرق بين أن يتصدق عليه بالكل ، أو يهبه إياه ، أو يوصي له به ، فيحمله الثلث ؛ وبين ان يتصدق عليه بشقص منه أو يهبه اياه أو يوصي له به أو يحمله فلا يحمله فان كان الكل عتق ، وكان الولاء له ؛ وان كان البعض ، رجع إلى الواهب ، أو المتصدق ، أو إلى ورثة الموصي ـ ملكاً ، ولا اختلاف في أنه إذا قبل يعتق عليه ويكون الولاء له ان كان جميعه ؛ وان كان بعضه عتق عليه وقوم عليه الباقي ، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وقد مضى في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات ، التكلم على هذه المسألة أيضاً ، وفي كل واحد من الموضعين زيادة على ما في الموضع الآخر والله الموفق(٢١٤) .

مسألة

وسئل ابن القاسم عن المرأة تعتق مدبرها عن أبيها ، قال لا احب ذلك لها ؛ فاذا فعلت ، فالولاء لها ، قيل له فالمكاتب هل هو عندك في هذا مثل المدبر ؟ قال ما أشبهه به .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لان الكتابة والتدبير عقدان لازمان يوجبان الولاء ، إلا ان يطرأ ما ينقضهما من عجز المكاتب ، او دين يستغرق تركة المدبر ، فوجب إذا اعتق واحداً منهما عن ابيه ، أن يكون الولاء له لا لأبيه ، اذ لا يملك نقل الولاء عن نفسه الى أبيه ، لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن هبة الولاء(٢١٥) وبالله تعالى التوفيق ، لا شريك له .

تم كتاب العتق الثاني ، والحمد لله .

---

(٢١٤) في ت (والله أعلم) .

(٢١٥) رواه مالك في الموطأ ص ٥٥٦ ـ حديث ١٤٧٦ . وأخرجه كذلك أحمد والستة . انظر فيض القدير على الجامع الصغير ٦/ ٣٣١ .

فهرس